



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MICHALA BOBEKA
od 25. srpnja 2018.¹

Predmet C-193/17

**Cresco Investigation GmbH
protiv
Markusa Achatzija**

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Oberster Gerichtshof (Vrhovni sud, Austrija))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja – Nacionalni propis koji daje određena prava ograničenoj skupini radnika – Usporedivost – Izravna diskriminacija na temelju vjere – Opravdanje – Pozitivne mjere – Horizontalna primjena Povelje o temeljnim pravima – Horizontalni izravni učinak Povelje Europske unije o temeljnim pravima – Obveze poslodavaca i nacionalnih sudaca u slučaju neusklađenosti nacionalnog prava s člankom 21. stavkom 1. Povelje o temeljnim pravima i člankom 2. stavkom 2. točkom (a) Direktive 2000/78/EZ”

I. Uvod

1. U skladu s austrijskim pravom Veliki petak je (plaćeni) blagdan samo za pripadnike četiriju crkava. Međutim, ako pripadnici tih crkava rade na taj dan, zapravo imaju pravo na naknadu u visini dvostruke plaće. Markus Achatzi (u daljnjem tekstu: tužitelj) zaposlen je u društvu Cresco Investigations GmbH (u daljnjem tekstu: tuženik). Tužitelj nije pripadnik nijedne od tih četiriju crkava. Slijedom toga, nije mu dano pravo na plaćeni blagdan niti mu je isplaćena dvostruka naknada plaće za rad na Veliki petak 2015.

2. Tužitelj je tužio tuženika radi isplate dodatne plaće za koju smatra da mu je trebala biti isplaćena zbog rada na Veliki petak, pri čemu tvrdi da nacionalno pravno pravilo diskriminira na temelju vjere i uvjerenja u odnosu na uvjete rada i plaćanja. U ovim okolnostima Oberster Gerichtshof (Vrhovni sud, Austrija) u biti pita Sud je li, s obzirom na pravo Unije, nacionalni propis poput onog o kojem je riječ u glavnom postupku diskriminatoran i, ako jest, koja bi bila posljedica takvog utvrđenja u razdoblju prije nego što nacionalni zakonodavac prihvati novi nediskriminirajući pravni režim: trebaju li svim radnicima pripasti prava vezana za blagdan Velikog petka i dodatnu plaću (koju plaća poslodavac) ili ona ne bi trebala pripasti nikome?

3. U svojim se pitanjima sud koji je uputio zahtjev poziva na „članak 21. Povelje (koji se tumači) u vezi s” Direktivom 2000/78/EZ². Određena *de facto* usporednost sadržaja i primjene odredbe Povelje i odgovarajućeg akta sekundarnog zakonodavstva, čime se oživotvoruje ta odredba Povelje, zasigurno nije ništa novo u sudskoj praksi ovog Suda. Kada se bavi pitanjem *apstraktne* usklađenosti odredbe

¹ Izvorni jezik: engleski

² Direktiva Vijeća od 27. studenoga 2000. o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja (SL 2000., L 303, str. 16.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 1., str. 69.)

nacionalnog prava s Poveljom i direktivom Unije³, pitanje što se zaista i primjenjuje u dotičnom predmetu nedvojbeno je od sporedne važnosti. Međutim, u ovom predmetu Sud je pozvan da se izjasni o posljedicama svake takve neusklađenosti za određenu (horizontalnu) vrstu pravnog odnosa, a što pak zahtijeva da se odredi s čime bi točno svaki takav nacionalni propis bio neusklađen u takvoj vrsti odnosa.

II. Pravni okvir

A. Pravo Unije:

1. Povelja o temeljnim pravima

4. Članak 21. stavak 1. Povelje Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja) predviđa: „Zabranjuje se svaka diskriminacija na bilo kojoj osnovi kao što je spol, rasa, boja kože, etničko ili socijalno podrijetlo, genetske osobine, jezik, religija ili uvjerenje, političko ili bilo kakvo drugo mišljenje, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje, invaliditet, dob ili spolna orijentacija.”

5. Članak 52. stavak 1. Povelje navodi: „Svako ograničenje pri ostvarivanju prava i sloboda priznatih ovom Poveljom mora biti predviđeno zakonom i mora poštovati bit tih prava i sloboda. Podložno načelu proporcionalnosti, ograničenja su moguća samo ako su potrebna i ako zaista odgovaraju ciljevima od općeg interesa koje priznaje Unija ili potrebi zaštite prava i sloboda drugih osoba.”

2. Direktiva 2000/78

6. Članci 1., 2. i 7. Direktive 2000/78 predviđaju kako slijedi:

„Članak 1.

Svrha

Svrha ove Direktive je utvrditi opći okvir za borbu protiv diskriminacije na temelju vjere ili uvjerenja, invaliditeta, dobi ili spolnog opredjeljenja [spolne orijentacije] u vezi sa zapošljavanjem i obavljanjem zanimanja, kako bi se u državama članicama ostvarila primjena načela jednakog postupanja.

Članak 2.

Pojam diskriminacije

1. Za potrebe ove Direktive „načelo jednakog postupanja” znači nepostojanje bilo kakve izravne ili neizravne diskriminacije na temelju bilo kojeg od razloga iz članka 1.2. Za potrebe stavka 1.:

(a) smatra se da se radi o izravnoj diskriminaciji u slučaju kada se prema jednoj osobi postupa lošije [nepovoljnije] nego prema drugoj osobi ili je došlo do takvog postupanja ili je moglo doći do takvog postupanja u sličnim situacijama [u usporedivoj situaciji], zbog bilo kojeg od razloga iz članka 1.;

3 Kad je riječ o pitanju je li odredba nacionalnog prava određenih obilježja, općenito i u osnovi neovisno o pravnom odnosu u kojem se primijenila na nacionalnoj razini, u skladu s pravom Unije, vidjeti primjerice noviju presudu od 19. srpnja 2017., *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:566).

(b) smatra se da se radi o neizravnoj diskriminaciji u slučaju kada [ako] kakva naizgled neutralna odredba, mjerilo [kriterij] ili postupanje [praksa] dovede [može dovesti] u neravnopravan [posebno nepovoljan] položaj osobe određene vjere ili uvjerenja, invaliditeta, dobi ili spolnog opredjeljenja [spolne orijentacije], u usporedbi s ostalim osobama, osim u sljedećim slučajevima: [...]

5. Ova Direktiva ne utječe na mjere koje proizlaze iz nacionalnog zakonodavstva, a koje su u demokratskom društvu potrebne zbog očuvanja javne sigurnosti, održanja javnog reda i prevencije kaznenih djela, radi zaštite zdravlja te zaštite prava i sloboda drugih ljudi.

[...]

Članak 7.

Pozitivne mjere

1. Kako bi se zajamčila potpuna jednakost u praksi, načelo jednakog postupanja ne sprječava države članice da zadrže ili donesu posebne mjere za sprječavanje ili izjednačavanje neravnopravnog položaja povezanog s bilo kojim od temelja iz članka 1.

[...]”

B. Nacionalno pravo

7. U članku 7. stavku 2. Bundesgesetz über die wöchentliche Ruhezeit und die Arbeitsruhe an Feiertagen (Arbeitsruhegesetz), BGBl. N 144/1983, kako je izmijenjen (Zakon o odmoru i blagdanima), od 3. veljače 1983., navodi se trinaest nacionalnih blagdana koji se primjenjuju na sve radnike. Članak 7. stavak 3. predviđa da je Veliki petak također blagdan za pripadnike evangeličkih crkava augsburške i helvetske konfesije, Starokatoličke Crkve i Evangeličke metodističke Crkve.

8. Članak 9. Zakona o odmoru i blagdanima predviđa da u osnovi radnik koji ne radi na blagdan ipak ima pravo na naknadu pune plaće za taj dan (članak 9. stavak 1.), a ako radi, da mu se plati dvostruko (članak 9. stavak 5.).

III. Činjenično stanje, postupak i prethodna pitanja

9. Svatko tko radi na bilo koji od trinaest plaćenih blagdana u Austriji uz svoju redovnu plaću prima dodatnu naknadu plaće u istom iznosu (u daljnjem tekstu: naknada), što u praksi ima za posljedicu to da je plaćen dvostruko za rad na te dane. Međutim, budući da je Veliki petak plaćeni blagdan samo za pripadnike četiriju crkava, samo oni imaju pravo na plaćeni blagdan na Veliki petak ili pravo na primitak naknade uz redovnu plaću ako se odluče raditi na taj dan.

10. Tužitelj je zaposlen kod tuženika. Nije pripadnik nijedne od ovih četiriju crkava. Slijedom toga, tuženik nije dao tužitelju pravo na plaćeni blagdan ni naknadu za rad na Veliki petak, 3. travnja 2015.

11. Tužitelj tužbom zahtijeva isplatu bruto iznosa od 109,09 eura uvećan za kamate. Zakonska odredba u skladu s kojom je Veliki petak blagdan samo za pripadnike četiriju crkava zajedno s naknadom u slučaju da doista rade na taj dan dovodi, po njegovu mišljenju, do diskriminacije na temelju vjere ili uvjerenja u odnosu na uvjete rada i plaćanja.

12. Tuženik osporava tu tvrdnju i tvrdi da tužbu treba odbiti uz odgovarajući nalog o troškovima. On smatra da se ne radi o diskriminaciji.

13. Prvostupanjski sud odbio je tužbu smatrajući da je propis o Velikom petku objektivno opravdano različito postupanje u situacijama koje nisu bile usporedive

14. Žalbeni sud prihvatio je tužiteljevu žalbu te je izmijenio prvobitnu presudu na način da je usvojio tužiteljev zahtjev. Svoju je odluku temeljio na pretpostavci da su nacionalni propisi, koji predviđaju različito postupanje u odnosu na Veliki petak, povreda članka 21. Povelje o temeljnim pravima koji se izravno primjenjuje. Smatrao je da je postojala izravna diskriminacija dotičnih radnika na temelju vjere, a koja nije opravdana. Stoga se Veliki petak kao blagdan ne može ograničiti samo na određenu skupinu radnika te je slijedom toga tužitelj, koji je radio na Veliki petak 3. travnja 2015., imao pravo na naknadu.

15. Oberster Gerichtshof (Vrhovni sud) sada mora odlučiti o žalbi u kasacijskom postupku, koji je pokrenuo tuženik protiv odluke donesene u žalbenom postupku i u kojem tuženik traži da se potvrdi presuda prvostupanjskog suda kojom se tužba odbija. Taj sud je odlučio prekinuti postupak i Sudu uputiti sljedeća prethodna pitanja:

- „1. Treba li pravo Unije, osobito članak 21. Povelje o temeljnim pravima u vezi s člankom 1. i člankom 2. stavkom 2. točkom (a) Direktive 2000/78/EZ, tumačiti na način da mu se u sporu između radnika i poslodavca o privatnopravnom radnom odnosu protivi nacionalni propis na temelju kojega je Veliki petak blagdan samo za pripadnike evangeličkih crkava augsburške i helvetske konfesije, Starokatoličke Crkve i Evangeličke metodističke Crkve uz pravo na neprekinuti odmor u trajanju od najmanje 24 sata te u slučaju obavljanja rada radnika [koji pripada jednoj od tih crkava] on unatoč blagdanu, uz naknadu plaće za neizvršeni rad zbog blagdana, ima i pravo na odgovarajuću naknadu za izvršeni rad, dok drugi radnici koji ne pripadaju tim crkvama nemaju to pravo?
2. Treba li pravo Unije, osobito članak 21. Povelje o temeljnim pravima u vezi s člankom 2. stavkom 5. Direktive 2000/78/EZ, tumačiti na način da nacionalni propis naveden u prvom pitanju, koji – s obzirom na cjelokupno stanovništvo i pripadnost većine Rimokatoličkoj Crkvi – dodjeljuje prava samo relativno maloj skupini pripadnika određenih (drugih) crkava, nije doveden u pitanje ovom direktivom jer se radi o mjeri koja je u demokratskom društvu nužna za zaštitu prava i sloboda drugih, osobito prava na slobodu vjeroispovijedi?
3. Treba li pravo Unije, osobito članak 21. Povelje o temeljnim pravima u vezi s člankom 7. stavkom 1. Direktive 2000/78/EZ, tumačiti na način da nacionalni propis naveden u prvom pitanju predstavlja pozitivnu i specifičnu mjeru u korist pripadnika crkava navedenih u prvom pitanju kako bi se zajamčila njihova potpuna jednakost u profesionalnom životu te kako bi se spriječio ili izjednačio neravnopravan položaj tih pripadnika na vjerskoj osnovi ako se njima time dodjeljuje isto pravo na vjeroispovijed tijekom radnog vremena na blagdan koji je od velikog značaja za tu vjeru, kao što inače za većinu radnika postoji u skladu s drugim nacionalnim propisom time što su blagdani vjere u koju se svrstava većina radnika općenito neradni dani?

U slučaju potvrde diskriminacije u smislu članka 2. stavka 2. točke (a) Direktive 2000/78/EZ:

4. Treba li pravo Unije, osobito članak 21. Povelje o temeljnim pravima u vezi s člankom 1. i člankom 2. stavkom 2. točkom (a) i člankom 7. stavkom 1. Direktive 2000/78/EZ, tumačiti na način da privatni poslodavac, dokle god zakonodavac ne uvede nediskriminacijski pravni sustav, mora svim radnicima neovisno o njihovoj vjerskoj pripadnosti odobriti prava vezana uz Veliki petak navedena u prvom pitanju, ili nacionalni propis naveden u prvom pitanju mora ostati u cijelosti neprimijenjen tako da se prava na Veliki petak navedena u prvom pitanju ne priznaju nijednom radniku?”

16. Pisana očitovanja podnijeli su tužitelj i tuženik, austrijska, talijanska i poljska vlada te Europska komisija. Te su zainteresirane osobe također saslušane na raspravi održanoj 10. travnja 2018.

IV. Ocjena

A. Uvod

17. Smatram da je dodjeljivanje prava na plaćeni blagdan na Veliki petak samo pripadnicima četiriju crkava zajedno s naknadom, u slučaju da takve osobe rade na taj dan, diskriminacija na temelju vjere u smislu članka 21. stavka 1. Povelje i izravna diskriminacija u smislu članka 2. stavka 2. točke (a) Direktive 2000/78 (prvo pitanje suda koji je uputio zahtjev, predmet odjeljka C u nastavku). Čini se da nema valjanog opravdanja za tu diskriminaciju (drugo pitanje, odjeljak D). Također se čini da takvo postupanje nije moguće okarakterizirati kao „pozitivne mjere” (treće pitanje, odjeljak E).

18. Po mojem mišljenju, u ovom predmetu je složenije pitanje koje su pravne posljedice tog (apstraktnog) utvrđenja postojanja diskriminacije na temelju direktive (koja nema horizontalni izravni učinak između pojedinaca) i odredbe Povelje u sporu između pojedinaca. Načelo nadređenosti zahtijeva da se nacionalno pravilo izuzme iz primjene. Međutim, može li se također zaključiti ili na temelju spomenutog načela ili na temelju članka 21. stavka 1. Povelje, koji ima potencijalno horizontalni izravni učinak, da je (privatnopravni) poslodavac dužan na temelju prava Unije svima koji rade na Veliki petak neovisno o njihovim vjerskim uvjerenjima platiti naknadu uz redovitu plaću? Po mojem mišljenju, ne može. Pravo Unije ipak zahtijeva da radnik ima djelotvoran pravni lijek, koji može uključivati mogućnost tužbe za naknadu štete protiv države članice (četvrto pitanje, odjeljak F u nastavku).

19. Prije nego što se posvetim pitanjima suda koji je uputio zahtjev navedenim redosljedom, analizirat ću pitanje nadležnosti koje su postavile talijanska i poljska vlada u vezi s člankom 17. UFEU-a.

B. Nadležnost Suda

20. U svojim pisanim i usmenim očitovanjima poljska vlada je tvrdila da su pravila o blagdanu na Veliki petak u ovom predmetu pravila kojima se uređuju odnosi između četiriju crkava i austrijske države. Kao takva ona potpadaju pod pojam „status koji na temelju nacionalnog prava imaju crkve i vjerske udruge ili zajednice” iz članka 17. stavka 1. UFEU-a. Sud stoga nije nadležan odgovoriti na pitanja suda koji je uputio zahtjev. Na raspravi je talijanska vlada iznijela sličnu argumentaciju u odnosu na članak 17. UFEU-a. Zaključila je da bi Sud trebao odgovoriti na postavljena mu pitanja potvrđujući isključivu nadležnost država članica da odlučuju o dodjeli blagdana ili naknada plaće određenoj vjerskoj skupini.

21. Smatram da taj argument treba odbaciti.

22. U presudi u predmetu Egenberger Sud je smatrao da se „člankom 17. UFEU-a izražava neutralnost Unije prema tome kako države članice organiziraju svoje odnose s crkvama i vjerskim udruženjima i zajednicama”⁴. U svojem mišljenju u istom predmetu nezavisni odvjetnik Tančev je nadalje naveo da zahtjev neutralnosti ne znači da su odnosi između crkve i države izuzeti od ikakvog nadzora usklađenosti s temeljnim pravima Unije (ili općenitije pravom Unije) „u svim okolnostima”⁵. U presudi u predmetu Egenberger Sud je zaista izričito potvrdio da se „[člankom 17. UFEU-a] poštovanje kriterija iz članka 4. stavka 2. Direktive 2000/78 ne izuzima od djelotvornog sudskog nadzora”⁶.

4 Presuda od 17. travnja 2018. (C-414/16, EU:C:2018:257, t. 58.)

5 Mišljenje nezavisnog odvjetnika E. Tancheva u predmetu Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, t. 93., vidjeti također t. 88.).

6 Presuda od 17. travnja 2018. (C-414/16, EU:C:2018:257, t. 58.)

23. Općenitije govoreći, nezavisni odvjetnici su u presudama u predmetima Achbita i Egenberger navodili da članak 17. UFEU-a „dopunjuje i konkretizira članak 4. stavak 2. UEU-a”. Međutim, on „[sam po sebi ne podupire zaključak] da su određena stručna područja ili područja djelatnosti potpuno izuzeta iz područja primjene Direktive 2000/78”⁷.

24. Slično tome, u presudi u predmetu *Congregación de Escuelas Pías de Betania*⁸ članak 17. stavak 1. UFEU-a nije ni na koji način spriječio primjenu pravila Unije o državnim potporama na prihod crkava. Sud u presudi čak nije niti razmatrao pitanje članka 17. stavka 1. UFEU-a⁹, iako se, s određenog stajališta, moglo tumačiti da se meritum predmeta odnosi na financijske odnose između crkve i države ili da značajno utječe na financijski status crkava.

25. Slika koja proizlazi iz ove sudske prakse čini se prilično jasna: članak 17. stavak 1. UFEU-a potvrđuje neutralnost prava Unije u odnosu na status crkava i zahtijeva da se taj status ne dovodi u pitanje. Po mojem shvaćanju, Europske unija se postavlja potpuno neutralno, zapravo agnostički, prema dogovorima između država članica i crkava u užem smislu: primjerice određuje li se država članica kao vjerski strogo neutralna ili ima li država članica u stvarnosti državnu crkvu. Takav iskaz neutralnosti je važno *načelno gledište*. Osim toga užeg shvaćanja on može služiti kao opće primjenjiv *alat za tumačenje*, kakav je i slučaj s ostalim vrijednostima i interesima obuhvaćenima u glavi II. prvog dijela UFEU-a (naslovljenoj „Odredbe koje imaju opću primjenu”) u drugim područjima prava Unije: ako su svi drugi čimbenici jednaki, prednost treba dati tumačenju prava Unije koje u najvećoj mogućoj mjeri odražava vrijednosti i interese sadržane u tim odredbama.

26. Međutim, izvan tih dviju dimenzija članak 17. stavak 1. UFEU-a ne može se, po mojem mišljenju, shvatiti na način da ima za posljedicu da *svako* nacionalno pravilo koje se tiče odnosa države s crkvama ili statusa crkava jednostavno ne ulazi u područje primjene prava Unije. Slično kao što izuzeća od poreza nisu izvan područja primjene prava Unije o državnim potporama samo na temelju činjenice da se tiču crkve ili kao što vino nije izvan područja primjene odredaba Ugovora o slobodnom kretanju robe samo zato što je riječ o sakramentalnom vinu koje se koristi za liturgiju. Jednostavno rečeno, „poštovanje statusa” se ne može tumačiti kao „grupno izuzeće” za sva pitanja koja se tiču crkve ili vjerske zajednice.

27. Stoga ne vidim kako bi pravilo, koje za sve poslodavce (bez obzira na njihovu vjeru ili njezino nepostojanje) propisuje obvezu davanja plaćenog blagdana radnicima koji su pripadnici četiriju crkava (ili naknade onima koji rade na taj dan), bilo na temelju članka 17. stavka 1. UFEU-a potpuno izuzeto od nadzora u svjetlu Povelje ili Direktive 2000/78.

28. Takvo tumačenje članka 17. stavka 1. UFEU-a je dodatno potkrijepljeno činjenicom da članak 17. stavak 2. UFEU-a proširuje slično jamstvo neutralnosti u odnosu na status svjetonazorskih i nekonfesionalnih organizacija. Budući da Europska unija u skladu s člankom 17. stavkom 2. UFEU-a ima obvezu da „jednako poštuje” i takve organizacije, onda bi svako „izuzeće”, koje je hipotetski dodijeljeno crkvama i vjerskim udrugama ili zajednicama, bilo odmah primjenjivo i na sve svjetonazorske organizacije (uglavnom nedefinirane i prepuštene pravu država članica). Stoga članak 17. stavak 2. dodatno ističe činjenicu da namjera nije mogla biti da svaki odnos, izravan ili neizravan, između država članica i takvih organizacija bude izuzet od primjene prava Unije.

29. S obzirom na prethodno navedeno predlažem Sudu da odbije tvrdnje talijanske i poljske vlade da Sud nije nadležan dati odgovor na prethodna pitanja ili da predmet spora nije u nadležnosti Europske unije.

7 Mišljenje nezavisne odvjetnice J. Kokott u predmetu *G4S Secure Solutions* (C-157/15, EU:C:2016:382, t. 32.); mišljenje nezavisnog odvjetnika E. Tancheva u predmetu *Egenberger* (C-414/16, EU:C:2018:257, t. 95.)

8 Presuda od 27. lipnja 2017. (C-74/16, EU:C:2017:496)

9 Međutim, vidjeti mišljenje nezavisne odvjetnice J. Kokott u tom predmetu (C-74/16, EU:C:2017:135, t. 29. do 33.).

C. Prvo pitanje

30. Sud koji je uputio zahtjev Svojim prvim pitanjem zapravo pita protivi li se članku 21. stavku 1. Povelje i članku 2. stavku 2. točki (a) Direktive 2000/78 nacionalni propis koji dodjeljuje plaćeni blagdan na Veliki petak samo pripadnicima četiriju crkava te im dodjeljuje naknadu u slučaju da rade na taj dan.

31. Smatram da takav propis predstavlja diskriminaciju u smislu tih odredaba.

32. Općenito, izravna diskriminacija postoji kada se prema jednoj osobi (i) postupa nepovoljnije (ii) nego prema drugoj osobi u usporedivoj situaciji (iii) na temelju zaštićenog razloga (u ovom slučaju vjere), (iv) pri čemu ne postoji nikakvo objektivno opravdanje takve razlike u postupanju.¹⁰

33. Pitanje mogućeg opravdanja pod (iv) je predmet drugog pitanja suda koji je uputio zahtjev (odjeljak D u nastavku).

34. U odnosu na pitanja pod (i) i (iii), po mojem mišljenju je jasno da u ovom predmetu postoji nepovoljnije postupanje na temelju vjere. To nepovoljnije postupanje sastoji se u tome da radnici koji nisu pripadnici četiriju crkava primaju redovnu ili „jednostruku” plaću za rad na Veliki petak, dok pripadnici četiriju crkava zapravo primaju dvostruku plaću. Iako tužitelj to u ovom predmetu ne tvrdi, uskraćivanje plaćenog blagdana na Veliki petak svakom tko nije pripadnik jedne od četiriju crkava također je nepovoljnije postupanje na temelju vjere¹¹.

35. Posljednji element analize o diskriminaciji – usporedivost – u ovom je predmetu složenije pitanje. Ono zahtijeva dvostruko objašnjenje. Kao prvo, tko se uspoređuje: pojedinci ili skupine osoba (2)? Kao drugo, koje su odgovarajuće značajke za usporedbu? Na kojem stupnju apstrakcije treba provesti usporedbu (3)?

36. Prije nego što dublje razmotrim ova pitanja, potrebno je nekoliko uvodnih pojašnjenja parametara analize.

1. Parametri analize: vrsta nadzora, primjenjivo pravo i točna priroda predmetnog davanja

37. Kao prvo, prvo i četvrto pitanje suda koji je uputio zahtjev imaju dva aspekta. Prvi aspekt se tiče *apstraktne* ocjene usklađenosti, pri čemu sud koji je uputio zahtjev traži da se provjeri usklađenost nacionalnog propisa s člankom 21. stavkom 1. Povelje u vezi s člankom 2. stavkom 2. točkom (a) Direktive 2000/78. Drugi aspekt, koji je sud koji je uputio zahtjev spomenuo u svom prvom pitanju i kasnije potpuno jasno izrazio u četvrtom pitanju, je činjenica da se glavni predmet tiče spora između pojedinaca. Koja bi onda bila *stvarna* posljedica u ovoj vrsti odnosa svakog mogućeg utvrđenja da pravo države članice, kako je opisano u zahtjevu za prethodnu odluku, nije u skladu s pravom Unije?

38. U ovom mišljenju se tim dvama slojevima bavim zasebno. Činjenica da su oni uistinu isprepleteni je uzrokovala pomutnju u ovom postupku, kako na razini pravnih lijekova tako i u raspravi o usporedivosti. Stoga moj predloženi odgovor na prvo pitanje suda koji je uputio zahtjev, sadržano u ovom odjeljku, ima opći doseg i bavi se samo (apstraktnim) nadzorom usklađenosti pravila. Posljedice svakog takvog mogućeg utvrđenja u pogledu pojedinačnog, konkretnog slučaja razmatraju se u četvrtom pitanju (odjeljak F).

10 Kao općenite novije primjere vidjeti, primjerice, presudu od 5. srpnja 2017., Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, t. 29. do 31.) i presudu od 12. prosinca 2013., Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, t. 31.), uz tu razliku naravno da, u kontekstu Povelje, svako takvo opravdanje mora biti u skladu s njezinim člankom 52. stavkom 1., dok u kontekstu Direktive 2000/78 mora biti u skladu s člankom 2. stavkom 5.

11 Razliku između tih dvaju davanja razmotrit ću u nastavku u točkama 40. do 44. i 82. do 86.

39. Kao drugo, s tim pitanjem je povezano pitanje primjenjivog prava. Na pitanje protivi li se članak 21. stavak 1. Povelje i članak 2. stavak 2. točka (a) Direktive 2000/78 nekoj odredbi nacionalnog prava, Sud je u prošlosti ocjenjivao materijalnu usklađenost s navedenom odredbom Direktive i proširio istu analizu na članak 21. stavak 1. Povelje¹². Doista, za pitanje apstraktnog nadzora usklađenosti oba su izvora prava Unije jasno primjenjiva¹³. Iz navedenih razloga ću oba uzeti u obzir prilikom odgovaranja na prvo, drugo i treće pitanje suda koji je uputio zahtjev. Nasuprot tome, situacija postaje donekle složenija u kontekstu odgovora na četvrto pitanje.

40. Kao treće, analiza diskriminacije mora se voditi „s obzirom na davanje o kojem je riječ”¹⁴. U ovom predmetu pripadnici četiriju crkava primaju različita „davanja” (a koja su uskraćena onima koji ne pripadaju toj skupini), to jest (a) plaćeni blagdan i (b) naknadu u slučaju da pripadnik crkve radi na taj dan.

41. Smatram da se ovdje, kako bi se odlučilo u ovom predmetu, potrebno osobito baviti samo navodnim diskriminacijskim karakterom naknade. Naime, iz opisa činjeničnog stanja u zahtjevu za prethodnu odluku slijedi da tužitelj *ne traži plaćeni blagdan na Veliki petak*. Naprotiv, on traži *naknadu* za obavljene rad na taj dan.

42. Stoga nepovoljnije postupanje¹⁵ na koje se žali i u vezi s kojim se mora provesti analiza o diskriminaciji je konkretno neplaćanje naknade. Tako shvaćam i prvo pitanje suda koji je uputio zahtjev, a koje posebno upućuje na članak 7. stavak 3. i članak 9. stavak 5. Zakona o odmoru i blagdanima (kojima se predviđa dvostruka naknada plaće za radnike koji rade na blagdan) zajedno, a ne na članak 7. stavak 3. i članak 9. stavak 1. Zakona o odmoru i blagdanima (kojima se predviđa pravo na naknadu plaće čak i u slučaju da se ne radi na blagdan).

43. Potpuno razumijem da su sve ove odredbe u nacionalnom pravu povezane. Nakon što se u skladu s nacionalnim pravom proglasi blagdan, cijeli režim blagdana i neradnih dana postaje primjenjiv, uključujući: pravo na naknadu plaće za taj dan, iako se ne radi, i pravo na dvostruku plaću ako se radi na taj dan (u daljnjem tekstu: naknada). Međutim, upravo je to dio problema: ako su neka davanja ili prava povezana primjenom nacionalnog prava *s istim opravdanjem*, postaje prilično teško kasnije ih razdvojiti i zanemariti sve posljedice koje je nacionalno pravo povezalo s njihovom primjenom.

44. Radi cjelovitosti ipak ću se vratiti na pitanje plaćenog blagdana na kraju ovog odjeljka¹⁶.

2. Koga usporediti: pojedince ili skupine?

45. Tužitelj, tuženik, austrijska vlada i Komisija u biti su svi predložili da se usporede iste skupine, odnosno (i) pripadnici četiriju crkava i (ii) tužitelj *kao netko tko nije pripadnik nijedne od četiriju crkava*.

46. Međutim, uz to osnovno suglasje počele su se javljati razlike. Posebno, izražena su različita mišljenja o tome treba li pojedinačnog tužitelja promatrati kao pojedinca ili predstavnika skupine koja se treba usporediti

12 U novije vrijeme primjerice presuda od 19. srpnja 2017., *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:566, t. 16. do 18. i 47.)

13 Vidjeti detaljnije moje mišljenje u predmetu *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:566, t. 20. do 36.).

14 Presuda od 19. srpnja 2017., *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:566, t. 25.). Vidjeti također presudu od 1. listopada 2015., O (C-432/14, EU:C:2015:64, t. 32.).

15 U smislu prvog koraka pod (i) testa o diskriminaciji navedenog *supra* u točki 32.

16 U nastavku, točke 82. do 86.

47. U svojem pisanom očitovanju Komisija prvo uspoređuje tužitelja s pripadnicima četiriju crkava. Zatim uspoređuje hipotetsku skupinu ostalih radnika u Austriji s pripadnicima četiriju crkava, navodeći da je na nacionalnom sudu da utvrdi vodi li nacionalni propis u tim slučajevima diskriminaciji. Ostale stranke u postupku također su proširile usporedbu s tužitelja na veći krug osoba. Primjerice, tuženik uspoređuje pripadnike četiriju crkava s većinom radnika koji mogu prakticirati svoju vjeru (ako je imaju) tijekom već dodijeljenih blagdana.

48. Komisija je nadalje smatrala da dodjeljivanje plaćenog blagdana pripadnicima četiriju crkava *nije* uključivalo diskriminaciju protiv *tužitelja*, za kojeg je Komisija pretpostavila da je ateist. Osim navođenja da on nije bio pripadnik nijedne od četiriju crkava uvjerenja tužitelja u biti nikada nisu bila izričito potvrđena pred ovim Sudom.

49. Komisijina argumentacija ističe zanimljivo stajalište. Komisija se udaljuje od pitanja nadzora usklađenosti nacionalnih mjera poput onih opisanih u odluci kojom se upućuje prethodno pitanje s pravom Unije i razmatra tužiteljev konkretan slučaj. Čineći to, pomaže da se istakne ranije izneseno stajalište¹⁷: pitanje postojanja diskriminatorne mjere kojoj se protivi pravo Unije (predmet prvog pitanja suda koji je uputio zahtjev i općeg apstraktnog nadzora usklađenosti) je pitanje koje je bolje odvojiti od pitanja posljedica takve zakonodavne diskriminacije u pojedinačnom slučaju (koje je predmet četvrtog pitanja)¹⁸.

50. Takva logika ima sustavnu potporu u predmetima u kojima je Sud bio pozvan ocijeniti slučajeve zakonodavne diskriminacije. Sudska praksa razlikuje između „diskriminacije koja izravno proizlazi iz zakonskih odredaba ili kolektivnih ugovora o radu” i diskriminacije poslodavca „u istom poduzeću”. Drugim riječima, diskriminacija koja, s jedne strane, proistječe od *zakonodavca* i, s druge strane, diskriminacija koja proistječe od *poslodavca*¹⁹.

51. U ovom predmetu, navodna diskriminacija proizlazi iz *zakonodavnih odredaba* te se od Suda traži da ocijeni usklađenost tih odredaba s pravom Unije. U takvoj vrsti situacije usporedba koju Sud stvarno provodi koristi kao polazište za svoju analizu skupine definirane u zakonodavstvu. Činjenica da pojedinačni tužitelj pripada jednoj takvoj skupini je naravno bitna za određivanje skupine koja se treba usporediti. Pojedinačna situacija bilo kojeg takvog tužitelja može pokazati stvarnu primjenu općeg propisa koji se procjenjuje u pojedinačnom slučaju. Međutim, činjenica je da ono što se procjenjuje u svakom takvom nadzoru u slučaju zakonodavne diskriminacije i ono što daje okvir za analizu usporedivosti su skupine osoba, a ne pojedinci.

52. To je primjerice bio slučaj u presudama u predmetima Mangold i Küçükdeveci o diskriminaciji na temelju dobi²⁰. Tužitelji u tim predmetima tvrdili su da su diskriminirani zbog svoje dobi. Nacionalno radno pravo je dopuštalo da *ljudi u njihovoj dobnj skupini* imaju manju zaštitu nego *druge dobne skupine*. Njihovi poslodavci su primijenili takve niže standarde na tužitelje. Sud je zaključio da je *nacionalni propis* diskriminatoran i da se protivi pravu Unije. Pri tome nije uspoređio situacije svakog tužitelja sa situacijom njihovih suradnika. Umjesto toga, uspoređio je u biti postupanje s dobnom skupinom s kojom se nepovoljnije postupalo i postupanje s dobnom skupinom s kojom se povoljnije postupalo (drugim riječima, skupine koje su apstraktno određene u osporavanom propisu)²¹.

17 Točke 37. i 38. ovog mišljenja *supra*

18 Vidjeti u tom smislu predmet Feryn, u kojem je diskriminacija proizlazila iz poslodavčeve politike zapošljavanja protiv imigranata te se *nije smatralo potrebnim identificirati žrtvu* da bi se utvrdilo postojanje diskriminacije (presuda od 10. srpnja 2008. (C-54/07, EU:C:2008:397, t. 40.)

19 Vidjeti primjerice presudu od 8. travnja 1976., Defrenne (43/75, EU:C:1976:56, t. 40.) i od 17. rujna 2002., Lawrence i dr. (C-320/00, EU:C:2002:498, t. 17.).

20 Presude od 22. studenoga 2005., Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709) i od 19. siječnja 2010., Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21)

21 U oba predmeta, Mangold i Küçükdeveci (u ovom predmetu također), tužitelj je pripadao skupini s kojom se nepovoljnije postupalo. Za sličan pristup, ali s manje sigurnosti o tome je li predmetna mjera stvarno (samo) u korist ili (samo) na štetu određene skupine, vidjeti presudu od 19. srpnja 2017., Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566).

53. Pristup Suda u takvim predmetima ističe činjenicu da je riječ o pravnoj analizi koja je po prirodi očito apstraktan, opći *nadzor usklađenosti* nacionalnog propisa s pravom Unije, a ne ispitivanje konkretne diskriminacije pojedinačnog tužiteljeva poslodavca u odnosu na tužiteljeve suradnike tužitelja²².

54. Po mojem mišljenju važno je u ovom predmetu imati ta pitanja na umu. Razlog tomu je činjenica da sud koji je uputio zahtjev uz pitanje usklađenosti u svojem četvrtom pitanju konkretno pita kako ukloniti diskriminaciju u pojedinačnom i praktičnom smislu. To pitanje će dovesti u središte pitanje „izvora” diskriminacije kao i pitanje koje tijelo je „odgovorno za nejednakost i koje bi moglo uspostaviti jednako postupanje”²³.

3. Koje skupine: značajke koje se uzimaju kao osnova za usporedbu?

55. Kako je navedeno, većina zainteresiranih stranaka koje su se očitovale pita se je li tužitelj bio u usporedivoj situaciji s pripadnicima četiriju crkava. Međutim, ta usporedba se provela s obzirom na različite značajke u odnosu na različitu točku usporedbe. Takvo razlikovanje potom stvara različit niz usporedivih skupina.

56. Općenito, stranke su ovisno o odabranom stupnju apstrakcije predložile tri mogućnosti:

- (i) zaposlenici kojima je Veliki petak najvažniji vjerski blagdan u godini (u daljnjem tekstu: uže mjerilo za usporedbu, u osnovi stajalište austrijske vlade i tuženika). Primjenjujući takvo uže mjerilo za usporedbu i na temelju očitovanja tužitelja na raspravi, on ne bi bio u usporedivoj situaciji s pripadnicima četiriju crkava. Navedeno bi isključilo svaku usporedivost i značilo da nema diskriminacije;
- (ii) zaposlenici koji imaju „iznimno važan” (vjerski) blagdan koji se ne preklapa ni s jednim drugim blagdanom već priznatim u nacionalnom pravu (u daljnjem tekstu: srednje mjerilo za usporedbu, u osnovi stajalište Komisije). Na temelju ovog mjerila za usporedbu nije jasno bi li tužitelj bio u sličnoj situaciji u odnosu na pripadnike četiriju crkava jer njegova vjerska uvjerenja nisu poznata. To bi u konačnici bilo činjenično pitanje za nacionalni sud;
- (iii) zaposlenici koji rade na Veliki petak, a s kojima se na temelju vjere različito postupa u usporedbi s drugim zaposlenicima u odnosu na plaću za rad na taj dan (u daljnjem tekstu: šire mjerilo za usporedbu, u osnovi tužiteljevo stajalište u ovom predmetu). Na temelju ovog mjerila za usporedbu, tužitelj bi bio u sličnoj situaciji u odnosu na pripadnike četiriju crkava koji rade na Veliki petak. Navedeno bi u načelu podrazumijevalo da postoji diskriminacija.

57. Prije rasprave o primjerenom mjerilu za usporedbu u ovom predmetu treba obratiti pozornost na šire pitanje. U svojim pisanim pitanjima strankama u postupku Sud je pitao je li u načelu moguće izričito zaniijekati usporedivost na temelju pretpostavljenog razloga posebno navedenog u članku 21. stavku 1. Povelje i članku 1. Direktive 2000/78 (u ovom predmetu, vjere).

22 Ovakav pristup u suprotnosti je s predmetima u kojima diskriminacija potječe od poslodavca te je u mnogim slučajevima potrebno utvrditi konkretne skupine suradnika s kojima se povoljnije postupa da bi se uopće mogla vršiti usporedba. Vidjeti u tom smislu presudu od 17. rujna 2002., Lawrence i dr. (C-320/00, EU:C:2002:498) i od 13. siječnja 2004., Allonby (C-256/01, EU:C:2004:18).

23 Presuda od 17. rujna 2002., Lawrence i dr. (C-320/00, EU:C:2002:498, t. 17. i 18.) i presuda od 13. siječnja 2004., Allonby (C-256/01, EU:C:2004:18, t. 45. i 46.). Ovakvo razlikovanje ima jasan utjecaj na pitanje dostupnih pravnih sredstava, a što je predmet detaljne analize u točkama 172. do 196. u nastavku.

58. U predmetima koji su uključivali različito postupanje izravno povezano sa samim pretpostavljenim razlogom, Sud je dosljedno smatrao da postoji diskriminacija²⁴. Ako ih uopće razmatra, Sud se uglavnom kratko osvrće na tvrdnje o nedostatku usporedivosti u takvim situacijama²⁵.

59. Međutim, ne smatram da je moguće apstraktno potvrditi da različito postupanje koje se temelji na pretpostavljenom razlogu *mora u svim slučajevima* biti izjednačeno s izravnom diskriminacijom²⁶. Ne može se potpuno isključiti mogućnost da pretpostavljeni razlog sâm može poslužiti za nijekanje usporedivosti²⁷.

60. Pretpostavljam da će, kao i u mnogim drugim slučajevima, problem biti u pojedinostima kojima je formulirana osnova za različito postupanje. Pretpostavljeni razlog je uvijek apstraktan (primjerice, zabranjuje se diskriminacija na temelju vjere). Međutim, pravila koja uspostavljaju okvir za usporedivost u pojedinačnim slučajevima neizbježno su detaljnija te često uzimaju u obzir druge interese i okolnosti (kao što su pravila o blagdanima i naknadama). Stoga, u praksi će biti prilično rijetko da je oboje, i pretpostavljeni razlozi i okvir za usporedivost, formulirano na potpuno istom stupnju apstrakcije i s potpuno istim područjem primjene.

61. Međutim, gore navedena sudska praksa jasno potvrđuje da je, kada se poziva na pretpostavljeni razlog na takav način, metaforički rečeno, to razlog za uzbunu. Zaključak da ne postoji usporedivost je iznimka. Osim ako postoje jasni i uvjerljivi argumenti da se predmetne skupine toliko bitno razlikuju da otklanjaju svaku potrebu za raspravu o nužnosti i proporcionalnosti mjere, s različitim postupanjima se mora baviti na razini „opravdanja”, a ne na razini „(nepostojanja) usporedivosti”.

62. Preklapanje pitanja usporedivosti i pitanja opravdanja, zbog kojeg je sadašnji okvir za analizu diskriminacije u sebi prijelazan, očito je i u ovom predmetu. Analiza diskriminacije se formalno dijeli na različite faze: ispitivanje postojanja usporedivih situacija; različito postupanje s tim skupinama; te, ako se utvrdi postojanje diskriminacije (različito postupanje u usporedivim situacijama), ispitivanje opravdanja. Međutim, sve te faze uključuju slična pitanja o opsegu i važnosti razlika u situaciji i postupanju. Ako se razlike u situaciji smatraju dovoljno značajne (imajući na umu prirodu i opseg različitog postupanja u praksi), neće biti usporedivosti. S druge strane, ako se razlike u situaciji ne smatraju dovoljno značajne (lakše će biti doći do zaključka ako je različito postupanje na prvi pogled pomalo „prenaglašeno”), onda postoji usporedivost i različito postupanje te se analiza nastavlja s opravdanjima. U kontekstu procjene opravdanja pitanje je, u osnovi, odražava li različito postupanje na odgovarajući način i pravično, unatoč postojanju pravno usporedivih situacija, činjenične razlike u tim situacijama.

63. Imajući navedeno na umu, posvetit ću se pitanju prikladnog mjerila za usporedbu u ovom predmetu.

24 Presude od 8. studenoga 1990., Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383, t. 12. i 17.); od 8. studenoga 1990., Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (C-179/88, EU:C:1990:384, t. 13.); od 27. veljače 2003., Busch (C-320/01, EU:C:2003:114, t. 39.); i od 1. travnja 2008., Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, t. 72.). To je jasno slučaj kada je različito postupanje izričito temeljeno na pretpostavljenom razlogu (primjerice presuda od 5. srpnja 2017., Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, t. 32. do 34.). Međutim, puko *pozivanje* mjere na pretpostavljeni razlog nije samo za sebe dovoljno za zaključak da postoji izravna diskriminacija (vidjeti presude od 14. ožujka 2017., Bougnaoui i ADDH (C-188/15, EU:C:2017:204, t. 32.); i od 14. ožujka 2017., G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2017:203, t. 30.). Sud je zauzeo sličan pristup kada je pretpostavljeni razlog bio obrazloženje za različito postupanje (vidjeti primjerice presudu od 16. srpnja 2015., CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480, t. 91.), ili kada u praksi pogađa samo skupinu koja se može odrediti na temelju pretpostavljenog razloga (primjerice, presuda od 20. rujna 2007., Kiiski (C-116/06, EU:C:2007:536, t. 55.).

25 Vidjeti, primjerice, presudu od 19. srpnja 2017., Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, t. 25. do 28.). Međutim, kao primjer kada je zanijekana usporedivost vidjeti presudu od 1. listopada 2015., O (C-432/14, EU:C:2015:643).

26 Za drukčije stajalište vidjeti mišljenje nezavisne odvjetnice E. Sharpston u predmetu Bressol i dr. (C-73/08, EU:C:2009:396, t. 55.).

27 Presuda od 1. listopada 2015., O (C-432/14, EU:C:2015:643, t. 40.).

4. *Primjereno mjerilo za usporedbu u ovom predmetu*

64. U skladu s ustaljenom sudskom praksom, „zahtjev u vezi s usporedivosti situacija u svrhu utvrđivanja postojanja povrede načela jednakog postupanja mora se ocijeniti s obzirom na sve elemente koji ih obilježavaju”²⁸. Nadalje, ocjena te usporedivosti mora se provesti uzimajući u obzir cilj koji se želi postići nacionalnim odredbama o kojima je riječ²⁹.

65. U ovom je predmetu austrijska vlada navela da je Veliki petak najvažniji vjerski blagdan za pripadnike četiriju crkava. *Cilj* nacionalnog propisa o kojem je riječ je da se dopusti tim osobama da sudjeluju u vjerskim svečanostima na taj dan poštujući tako njihovu slobodu vjeroispovijedi.

66. Sudska praksa također zahtijeva da se ispitivanje usporedivosti ne provodi općenito i apstraktno, nego konkretno „s obzirom na davanje o kojem je riječ”³⁰.

67. Kako je već navedeno³¹, davanje o kojem je riječ u ovom slučaju nije dodjeljivanje blagdana na Veliki petak, nego naknada. S obzirom na to davanje, smatram da je široko mjerilo za usporedbu ispravno.

68. Kao rezultat davanja koje se sastoji od naknade, odabranoj skupini pojedinaca koja radi na Veliki petak plaća se dvostruko upravo zbog njihove vjere. Ostale osobe, koje rade na taj dan, primaju redovnu plaću unatoč činjenici da one možda rade potpuno isti posao. Ne postoji relevantan razlikovni čimbenik između tih skupina s obzirom na to davanje. Visina plaće i vjera u načelu nisu povezane.

69. Taj zaključak, po mojem mišljenju, ne utječe na navedeni cilj nacionalnog propisa zaštite slobode vjeroispovijedi i bogoslužja. Jednostavno ne vidim kako plaćanje dvostruke naknade za rad na taj dan posebnoj, vjerski definiranoj, skupini radnika ima ikakve veze s tim ciljem. Naime, može se tvrditi – doduše ne bez doze cinizma – da je pravo na dvostruku naknadu samo pripadnicima četiriju crkava koji rade na Veliki petak gospodarski poticaj da na taj dan *ne iskazuju* svoju vjeru bogoslužjem.

70. Može se odgovoriti da su pripadnici četiriju crkava koji rade na Veliki petak u biti u različitoj situaciji jer su posebno pogođeni radom na taj dan. U tom smislu, razumijem da postoje posebni sektori u kojima poslodavci mogu tražiti, čak i od pripadnika četiriju crkava, da rade na Veliki petak. Međutim, kako je ranije navedeno ovdje, mjerodavno pitanje u skladu sa sudskom praksom Suda glasi: jesu li situacije usporedive s obzirom na *cilj* nacionalnog propisa (koji je po mojem shvaćanju zaštita slobode vjeroispovijedi, a ne naknada plaće za uočeni propust da se to čini) *i konkretno davanje*. Nadalje, također podsjećam da članak 9. stavak 5. Zakona o odmoru i blagdanima predviđa naknadu za one koji rade na blagdan *neovisno o tome je li blagdan proglašen zbog vjerskih razloga*.

71. Zbog gore navedenih razloga, smatram da su, s obzirom na davanje koje se sastoji od naknade i uzimajući u obzir cilj relevantne odredbe nacionalnog prava, svi radnici koji rade na Veliki petak i s kojima se različito postupa u odnosu na naknadu za rad na taj dan na temelju vjere usporedivi.

72. Želio bih dodati još neke napomene u pogledu pitanja usporedivosti.

28 Presuda od 1. listopada 2015., O (C-432/14, EU:C:2015:643, t. 31.)

29 Presuda od 1. listopada 2015., O (C-432/14, EU:C:2015:643, t. 33.)

30 Presude od 1. travnja 2008., Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, t. 42.); od 10. svibnja 2011., Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, t. 42.); od 12. prosinca 2013., Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, t. 33.); i od 1. listopada 2015., O (C-432/14, EU:C:2015:643, t. 32.).

31 Točke 40. do 43. *supra*

73. Kao prvo, da budem jasan, očito je da ne dovodim u pitanje važnost Velikog petka za pripadnike četiriju crkava. U tom posebnom elementu oni se jasno mogu razlikovati od pojedinaca za koje Veliki petak nema takvu važnost. Međutim, po mojem mišljenju, ovo svojstvo ima različitu važnost za različite vrste mjera: dodjelu odmora na taj dan, dodjelu neradnog dana uz odbitak dana godišnjeg odmora, dodjelu plaćenog neradnog dana, plaćanje dodatnim osobama za rad taj dan. U ovom predmetu, davanje o kojem je riječ je naknada. S obzirom na to davanje, pripadnici četiriju crkava koji rade na Veliki petak možda nisu u *istovjetnom* položaju u odnosu na druge radnike, ali važnost njihove vjere zasigurno nije takva da su zbog toga njihove situacije neusporedive³².

74. Kao drugo, ocjena usporedivosti u pravu Unije uzima kao polazne točke ciljeve i kategorije utvrđene u nacionalnom pravu. Međutim ti ciljevi i kategorije ne mogu sami po sebi tom ocjenom odlučivati i upravljati. Kako sam na drugom mjestu obrazlagao³³, kad bi bilo drugačije i kad bi pitanje usporedivosti bilo analitički predodređeno kategorijama iz nacionalnog propisa, on bi svojim područjem primjene sâm definirao skup mogućih usporedbi. Takva ocjena bi nužno bila kružna te ne bi postojala stvarna mogućnost njezina preispitivanja.

75. U ovom predmetu je, po mojem mišljenju, težina ciljeva i kategorija utvrđenih u nacionalnom pravu uvelike umanjena, posebice radi nesuglasja između proklamiranog cilja zaštite prava na slobodu vjeroispovijesti na Veliki petak i uvećane gospodarske nagrade za rad na taj dan.

76. Kao treće, predmetni nacionalni propis nedvojbeno je izrađen u posebne svrhe. On postavlja ciljeve i utvrđuje kategorije koje izdvajaju radi različitog postupanja pojedince koji pripadaju posebnim (i, unutar ukupnog austrijskog stanovništva, čini se prilično malim)³⁴ kršćanskim skupinama. To je sâm po sebi razlog za oprez. Međutim, ako bismo pretpostavili da su te posebne značajke doista toliko bitne i važne da čine situacije pripadnika četiriju crkava neusporedivima, to bi podrazumijevalo da vjerojatno i pripadnici drugih vjerskih skupina imaju bitne značajke koje ih razlikuju od svih ostalih.

77. Diskriminacija ne postoji samo kada se prema jednakim situacijama različito postupa, nego i kada se prema objektivno različitim situacijama postupa jednako. Ako se smatra da pripadnici četiriju crkava imaju bitne razlikovne značajke, onda se moraju načelno uzeti u obzir sve vjere pojedinačno da bi se utvrdilo kako postupati s pripadnicima tih vjera u vezi s dodatnim (plaćenim) blagdanima i naknadama³⁵. Ali to jednostavno nije pristup austrijske države. U pisanim i usmenim očitovanjima austrijska je vlada potvrdila da postoji kolektivni ugovor koji dodjeljuje blagdan pripadnicima židovske vjere na Jom Kipur, a koji se, po svemu sudeći, primjenjuje samo u nekim sektorima nacionalnog gospodarstva. U svakom slučaju, to je jedina druga vjera koja se izdvaja radi takvog postupanja³⁶.

78. Posljednji je razlog, u konačnici, još jedan zbog kojeg se „uže mjerilo za usporedbu” koje predlažu austrijska vlada i tuženik ne može podržati. Čak i kada bi se prihvatila činjenica da samo pripadnici četiriju crkava imaju objektivnu potrebu za bogoslužjem na Veliki petak, zbog čega ih je nemoguće usporediti s ikojom drugom vjerskom skupinom (jer nijedna od njih vjerojatno nema istu potrebu za

32 Presuda od 19. srpnja 2017., *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:566, t. 25.)

33 Vidjeti moje mišljenje u predmetu *MB* (C-451/16, EU:C:2017:937, t. 47.).

34 Austrijska vlada je u svojim pisanim i usmenim očitovanjima objasnila da su povijesno pripadnici ovih četiriju crkava bili manjina u Austriji koja, za razliku od katoličke većine, nije imala neradni dan na svoj najvažniji vjerski blagdan. Moguće da su, kada je članak 7. stavak 3. dodan u zakon, pripadnici četiriju crkava bili većina u nekatoličkom stanovništvu. Međutim, kako je potvrđeno u odluci kojom se upućuje prethodno pitanje, oni ne predstavljaju ukupno nekatoličko stanovništvo u Austriji, koje uključuje i druge vjere.

35 Za primjer jednakog postupanja u situacijama koje se ipak može razlikovati zbog vjerskih razloga vidjeti presudu Europskog suda za ljudska prava (*Veliko vijeće*) od 6. travnja 2000., *Thlimmenos/Grčka* (CE:ECHR:2000:0406JUD003436997).

36 Vidjeti primjerice presudu od 1. listopada 2015., *O* (C-432/14, EU:C:2015:643, t. 38.). U tom predmetu Sud je razmatrao usporedivost „mladih ljudi” koji pohađaju sveučilište ili školu i drugih radnika. Sud je smatrao da ove skupine nisu usporedive. Čineći to uzeo je u obzir ciljeve nacionalnog propisa, ali je jasno pazio na koherentnost argumenta i postupanje s drugim skupinama.

bogoslužjem na taj određeni dan), i zanemarili činjenicu da naknada plaće odvrća a ne potiče na taj običaj, jasno se postavlja pitanje *selektivnosti* mjere, podižući pitanje diskriminacije na višu razinu. Što je s ostalim vjerskim skupinama i zajednicama koje isto imaju važne vjerske blagdane, a koji nisu na postojećem popisu blagdana iz članka 7. stavka 1. Zakona o odmoru i blagdanima?

79. Slijedeći u potpunosti navedenu logiku o ne(usporedivosti), nijedna od tih skupina ne može se usporediti s drugom jer one imaju objektivnu potrebu slaviti različite vjerske blagdane. Bi li to isto značilo da nacionalni zakonodavac može predvidjeti blagdane (vjerojatno i različitog trajanja) samo za neke, uskraćujući ih drugima, potencijalno u kombinaciji s različitim visinama naknade?

80. Zbog svih tih razloga moj je zaključak da zajednička primjena odredaba poput članka 7. stavka 3. i članka 9. stavka 5. Zakona o odmoru i blagdanima ima za posljedicu da se s tužiteljem postupa nepovoljnije nego s pripadnicima četiriju crkava koji dobivaju dvostruku plaću kada rade na Veliki petak. Temeljna razlika u postupanju je izravno povezana s vjerom³⁷.

81. Po mojem mišljenju nije relevantno što je tekst članka 9. stavka 5. Zakona o odmoru i blagdanima u biti naizgled neutralan jer iz zahtjeva za prethodnu odluku jasno slijedi da se pravo na naknadu u skladu s tom odredbom primjenjuje na temelju njegova članka 7. stavka 3. Ta potonja odredba nije neutralna već izričito pravi razliku na temelju vjere. Posljedična razlika u postupanju predstavlja diskriminaciju u smislu članka 21. stavka 1. Povelje i izravnu diskriminaciju u smislu članka 2. stavka 2. točke (a) Direktive 2000/78.

5. Davanje plaćenog blagdana

82. Gore navedena analiza je usredotočena na pitanje diskriminacije s obzirom na davanje koje se sastoji od naknade. U prethodnom dijelu ovog mišljenja nastojao sam objasniti zašto se ovo davanje, a što je u konačnici bitno u glavnom postupku, treba uzeti u obzir u svrhu usporedivosti. Radi cjelovitosti ukratko ću razmotriti davanje plaćenog blagdana i kako bi moguća usredotočenost na to davanje promijenila okvir za usporedivost.

83. Već sam naveo da važnost Velikog petka pripadnicima četiriju crkava ima u kontekstu analize o usporedivosti različitu težinu ovisno o tome koje davanje se uzima u obzir³⁸. Odobravanje (neplaćenog) neradnog dana bilo bi, jasno, više u skladu s proklamiranim ciljem zaštite slobode vjeroispovijedi nego naknada. Obveza *plaćanja* zaposlenika koji su odsutni na Veliki petak u svrhu bogoslužja je donekle dalje od konkretnog cilja koji je istaknula austrijska vlada, ali je nedvojbeno uže povezano s izvornim ciljem nego naknada³⁹.

84. Ta razmatranja me dovode do zaključka da bi, u slučaju kad bi se odnosila samo na davanje plaćenog blagdana, postojalo čvrsto opravdanje za korištenje srednjeg mjerila za usporedbu, kako je predlagala Komisija.

85. Međutim, činjenica je da tužitelj u glavnom postupku ne traži da ima plaćeni blagdan na Veliki petak. Ne traži niti da mu se prizna bilo koji drugi poseban dan unutar istog režima, čime bi se poštovala njegova posebna i različita vjerska uvjerenja. Ono što se traži je naknada plaće za rad na Veliki petak i da se pritom ukloni diskriminacija u plaćanju koja se temelji na vjeri.

37 Vidjeti u tom smislu mišljenje nezavisne odvjetnice J. Kokott u predmetu G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2016:382, t. 43.).

38 Točke 40. do 43. i 73. *supra*

39 Posebno za one zaposlenike kojima je uzimanje dodatnog neplaćenog dana odmora financijski teško.

86. Stoga, ne zaboravljajući opću svrhu mjere i činjenicu da su plaćeni blagdan i naknada plaće u osnovi dvije strane iste medalje, srednje mjerilo za usporedbu, koje predlaže Komisija⁴⁰, ne može biti odlučujući čimbenik za potrebe ovog predmeta. Nadalje, zbog istih gore navedenih razloga u vezi s naknadom⁴¹, smatram da je korištenje užeg mjerila za usporedbu, koji predlažu austrijska vlada i tuženik, u svakom slučaju također isključeno u vezi s davanjem koje se sastoji od plaćenog blagdana.

6. Zaključak o prvom pitanju

87. S obzirom na navedeno, predlažem Sudu da na prvo pitanje suda koji je uputio zahtjev odgovori na sljedeći način:

„Članak 21. stavak 1. Povelje u vezi s člankom 1. i člankom 2. stavkom 2. točkom (a) Direktive 2000/78 treba se tumačiti na način da mu se protivi nacionalni propis na temelju kojega je Veliki petak blagdan, s pravom na neprekinuti odmor u trajanju od najmanje 24 sata, samo za pripadnike evangeličkih crkava augsburške i helvetske konfesije, Starokatoličke Crkve i Evangeličke metodističke Crkve te u slučaju da zaposlenik koji je pripadnik jedne od tih crkava radi unatoč blagdanu, on ima, uz naknadu plaće za neizvršeni rad zbog blagdana, i pravo na odgovarajuću naknadu za izvršeni rad, dok drugi zaposlenici koji ne pripadaju tim crkvama nemaju na to pravo”.

D. Drugo pitanje

88. Drugim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita mogu li mjere u korist pripadnika četiriju crkava, ako se smatraju diskriminatornima, biti opravdane u skladu s člankom 2. stavkom 5. Direktive 2000/78.

89. Smatram da ne mogu.

90. Uvodno valja napomenuti da, ako je u vezi s prvim pitanjem zaključeno da se članku 21. stavku 1. Povelje u vezi s člankom 2. stavkom 2. točkom (a) Direktive 2000/78/EZ protive mjere o kojima je riječ, svako opravdanje treba ocijeniti u skladu s člankom 52. stavkom 1. Povelje i člankom 2. stavkom 5. Direktive. Osim formalnog elementa da odredba direktive ne može predvidjeti odstupanje od odredbe Povelje, činjenica je da su obje ove odredbe sročene neznatno drukčije.

91. Međutim, za potrebe ovog predmeta meritorna je analiza na temelju obje odredbe slična. U skladu s objema odredbama opravdanje na koje se poziva je „zaštita prava i sloboda drugih osoba”. Nadalje, s obzirom na to da su iznimke zabrani diskriminacije, obje odredbe treba usko tumačiti⁴² te one podliježu testu proporcionalnosti⁴³.

92. Posebice postoje tri razloga koji me dovode do zaključka da davanje naknade *ne može* biti opravdano ni u skladu s člankom 52. stavkom 1. Povelje niti člankom 2. stavkom 5. Direktive.

40 Dakle, čak ni ne ulazeći u pitanja tumačenja srednjeg mjerila za usporedbu, koja se moraju razmotriti i zasigurno nisu jednostavna, postavlja se pitanje: što se može smatrati „posebnim” danom? Postoji li pravni prag duhovne ili vjerske važnosti? Koje bi se vjere trebale kvalificirati i je li ovo pitanje prenosivo na druge sustave vjerovanja koji imaju više dana od velike važnosti? Što je primjerice s ateistima, koji također imaju dane od njima velike važnosti? Treba li se katolicima odbiti dodatni dan jer zbog povijesnih razloga 13 blagdana već pokriva njihove brojne važne dane? Nadalje, na raspravi se također raspravljalo o osjetljivosti zahtjeva za otkrivanje pojedinosti o (vjerskim) uvjerenjima poslodavcu – logička posljedica primjene srednjeg mjerila za usporedbu.

41 Točke 76. do 79. *supra*

42 Vidjeti presude od 13. rujna 2011., Prigge i dr. (C-447/09, EU:C:2011:573, t. 55. i 56.), i od 12. prosinca 2013., Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, t. 46.).

43 Vidjeti tekst članka 21. stavka 1. Povelje i uvodnu izjavu 23. Direktive. Vidjeti također presudu od 5. srpnja 2017., Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, t. 44.).

93. Kao prvo, na prvi pogled nije očito da „zaštita prava i sloboda drugih osoba” obuhvaća davanje naknade u slučaju ograničenja tih sloboda. Čini mi se da navedeno ne predstavlja zaštitu, već naknadu za nepostojanje zaštite.

94. Ipak, u mjeri u kojoj bi to načelno moglo biti obuhvaćeno, odredbe posebno upućuju na „zaštitu prava i sloboda *drugih osoba*”. S tim u vezi, čini se da je članak 2. stavak 5. uvršten u Direktivu u zadnji čas na inzistiranje Ujedinjene Kraljevine⁴⁴, a dokazi upućuju na to da je svrha te odredbe bila zaštita *šire javnosti* od štetnog ponašanja pojedinih skupina⁴⁵.

95. Moje shvaćanje iste odredbe bi išlo u sličnom smjeru: dopušta odstupanje u ime prava i sloboda *drugih osoba*, u horizontalnom i poprečnom smislu, to jest prava i sloboda ostatka društva u cjelini. To bi slijedilo logičku strukturu odstupanja: teret ili nepovoljan položaj nametnut pojedinoj skupini ona može opravdano snositi ako je to potrebno i razmjerno općem interesu javnosti. U toj fazi se može provesti određeno odvajanje interesa, posebnog (nepovoljan položaj) i općeg (interesa).

96. Prihvatanje logike da su „druge osobe” iz „zaštite prava i sloboda *drugih osoba*” zapravo pripadnici skupine kojima propis o kojem je riječ dodjeljuje neke prednosti bi tu logiku izokrenulo. Cijeli argument bi postao kružan i svaki poseban režim opravdan samom činjenicom svog postojanja.

97. Kao drugo, *selektivnost* članka 7. stavka 3. i članka 9. stavka 5. Zakona o odmoru i blagdanima je u svakom slučaju problematična sa stajališta proporcionalnosti, osobito u odnosu na njezin prvi element, to jest prikladnost. Iako je proklamirani cilj mjera zaštita slobode vjeroispovijesti, one se primjenjuju samo na pojedine skupine. Ne spominju se druge manjine. Podsjećam da u kontekstu ocjene proporcionalnosti diskriminatorne nacionalne mjere, Sud uzima u obzir dosljednost mjere u odnosu na proklamirani cilj. Stoga je smatrao da se „zakonodavstvo može smatrati prikladnim za jamčenje ostvarenja postavljenog cilja samo ako istinski osigurava njegovo ostvarenje, i to *na sustavan i dosljedan način*, i da odstupanja od odredaba zakona mogu u pojedinim slučajevima ugroziti njegovu dosljednost”⁴⁶. Iako je točno da mjerodavne odredbe nacionalnog prava ne sadrže iznimke koje isključuju određene skupine, praktičan učinak vrlo uskog područja primjene prava je jednak tome. Ono isključuje sve osim pripadnike četiriju crkava.

98. Taj problem selektivnosti nije ispravljen dodjelom slobodnog vremena za vjerske potrebe na temelju drugih pravila. S tim u vezi, točno je da u Austriji postoji, primjerice, kolektivni ugovor koji pripadnicima židovske vjere osigurava blagdan na Jom Kipur te dužnost pažnje poslodavaca prema njihovim radnicima⁴⁷.

99. Međutim, što se tiče kolektivnog ugovora, austrijska vlada je u pisanim odgovorima na pitanja Suda potvrdila da se ne primjenjuje na sve sektore te se on također odnosi samo na pripadnike konkretne vjerske skupine. Kada je riječ o dužnosti pažnje, po mojem mišljenju, pravo radnika da sami traže nekoliko slobodnih sati u svrhu bogoslužja jednostavno se ne može usporediti s pravom na plaćeni blagdan koje je upisano u nacionalni propis ili kolektivni ugovor. Općenito, čak i kada se na zahtjev može dobiti dopust za bogoslužje, a što za pripadnike drugih vjera ovisi o dogovoru s poslodavcem, ne postoji opće automatsko pravo na financijsku naknadu ako se takav dopust stvarno ne uzme.

44 Vidjeti primjerice Ellis, E. i Watson, P., *EU Anti-Discrimination Law*, 2. izd., Oxford EU Law Library, 2012., str. 403.

45 Mišljenje nezavisne odvjetnice E. Sharpston u predmetu Bougnaoui i ADDH (C-188/15, EU:C:2016:553, bilješka 99.)

46 Presuda od 5. srpnja 2017., Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, t. 48.)

47 Sadržana u članku 8. Zakona o odmoru i blagdanima.

100. Kao treće, ne postoji očita veza između zaštite slobode vjeroispovijedi i prava na naknadu za one koji rade na Veliki petak. Zbog istih razloga smatram da dodjela naknade pripadnicima četiriju crkava koji rade na Veliki petak, čak i ako se primjenjuje na tako selektivan način, nije proporcionalna u smislu da *nije prikladna* za ostvarenje cilja zaštite slobode vjeroispovijedi u smislu članka 52. stavka 1. Povelje i članka 2. stavka 5. Direktive 2000/78. Ponovno navodim, teško je zamisliti kako bi plaćanje dvostruke plaće za *nesudjelovanje na bogoslužju* na Veliki petak bilo prikladno za ostvarenje cilja zaštite (iako selektivno dodijeljene) slobode vjere i vjeroispovijedi.

101. Naposljetku ističem da se, iako se gornja razmatranja usredotočuju na naknadu, argumentacija u točkama 97. i 98. u vezi sa selektivnošću mjere u smislu davanja *plaćenog blagdana* također primjenjuje i isključuje opravdanje diskriminatorne prirode tog davanja.

102. S obzirom na navedeno, predlažem Sudu da na drugo pitanje suda koji je uputio zahtjev odgovori na sljedeći način:

U okolnostima poput onih u ovom predmetu nacionalni propis koji dodjeljuje naknadu, kako je opisana u prvom pitanju, samo pripadnicima određenih crkava koji rade na Veliki petak ne predstavlja mjeru koja je u demokratskom društvu nužna za zaštitu prava i sloboda drugih ljudi u smislu Direktive 2000/78.

E. Treće pitanje

103. Svojim trećim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita jesu li mjere u korist pripadnika četiriju crkava obuhvaćene pojmom pozitivnih mjera u smislu članka 7. stavka 1. Direktive 2000/78 u vezi s člankom 21. stavkom 1. Povelje.

104. Smatram da ne.

105. Uvodno ističem da točan odnos između članka 21. stavka 1. Povelje i članka 7. stavka 1. Direktive 2000/78 nije na prvi pogled jasan. Konkretno, nije niti blizu razriješena rasprava o tome jesu li pozitivne mjere (privremeno) odstupanje od načela jednakosti ili su u biti sastavni dio istinski stvarnog viđenja jednakosti. Međutim, za potrebe ovog mišljenja smatram nepotrebnim ispitivati takva duboka pitanja.

106. U kontekstu ovog predmeta austrijska vlada je istaknula da se mjere mogu tumačiti tako da su obuhvaćene pojmom pozitivnih mjera u smislu da su usvojene kako bi se nadoknadilo nepovoljnije postupanje u prošlosti. U skladu s pisanim očitovanjima austrijske vlade pripadnici četiriju crkava, za razliku od katoličke većine, nisu imali pravo na blagdan radi proslave svog najvažnijeg vjerskog blagdana u godini te su dugi niz godina podnosili takvu situaciju prije nego je što on zatražen i dodijeljen tijekom pedesetih godina 20. stoljeća.

107. Točno je da „pozitivne mjere” nemaju jasnu definiciju u zakonodavstvu niti sudskoj praksi. Tako ne postoji *prima facie* ograničenje što bi moglo biti obuhvaćeno tim pojmom, i materijalno i vremenski. Na toj razini zaista bi se moglo ukazivati na to da namjera za „izjednačavanje neravnopravnog položaja povezanog s bilo kojim od temelja iz članka 1.”, može uključivati i želju da se nadoknade (čak i stoljeća) prošlih vjerskih progona.

108. Ipak priznajem da se, jednostavno kronološki gledano, čini prilično upitnim da je mjera koja je donesena pedesetih godina 20. stoljeća uistinu bila zamišljena kao „pozitivna mjera” u smislu puno suvremenijeg pojma, koji se prvi put, barem u pravu Unije, pojavio tek desetljećima kasnije. Takvo predviđanje graniči s čudom.

109. Međutim, ostavljajući sa strane nedostatak precizne definicije i tematiku kronologije, postoje dva uvjerljiva razloga zašto smatram da se naknada nikako ne može smatrati „pozitivnom mjerom”.

110. Kao prvo, ova mjera cilja vrlo specifičnu skupinu, čime se ponovno otvara već raspravljeno pitanje njezine *selektivnosti* i diskriminacije na drugoj razini⁴⁸. Mjere nisu usvojene da osiguraju potpunu jednakost svih skupina, koje su bile općenito u nepovoljnijem položaju u prošlosti, ili konkretnije, koje nisu imale blagdan za važnu svetkovinu kao katolička većina.

111. Kao drugo, svaka mjera za koju se navodi da je obuhvaćena pojmom pozitivne mjere mora biti u svakom slučaju u skladu s načelom proporcionalnosti. To je nedavno potvrđeno kao opće načelo u odnosu na mjere kojima se ograničava sloboda vjeroispovijedi i koje su ocijenjene u svjetlu Povelje i Direktive 2000/78⁴⁹. Iako sudska praksa Suda o primjeni koncepta pozitivnih mjera u kontekstu sekundarnog prava ne izvodi analizu u pogledu proporcionalnosti, jasno je da Sud pomno analizira mjere kako bi utvrdio jesu li nužne da bi neutralizirale uočen nepovoljan položaj⁵⁰. Zbog istih razloga kao što su oni koji su izneseni u pogledu drugog pitanja⁵¹, smatram da se mjerodavne mjere nacionalnog prava ne mogu ni u kojem slučaju smatrati proporcionalnima i kao takve ne mogu biti obuhvaćene pojmom pozitivnih mjera u smislu članka 7. stavka 1. Direktive 2000/78.

112. Konačno ističem, iako se gornja razmatranja ponovno usredotočuju na pitanje naknade, primjenjuje se i argumentacija iz točaka 97., 98. i 101. u odnosu na selektivnost mjere s obzirom na davanje *plaćenog blagdana* te se protivi tome da se to davanje smatra „pozitivnom mjerom”.

113. S obzirom na navedeno, predlažem da se na treće pitanje suda koji je uputio zahtjev odgovori na sljedeći način:

Nacionalni propis koji dodjeljuje naknadu, kako je opisana u prvom pitanju, ne predstavlja pozitivnu mjeru u smislu članka 7. stavka 1. Direktive 2000/78.

F. Četvrto pitanje

114. Svojim četvrtim pitanjem sud koji je uputio zahtjev zapravo pita na koji način treba ukloniti povredu zabrane diskriminacije, točnije, kada se ona odvija u odnosu između pojedinaca? Prije nego što se osvrnem na temu je li rješenje uskratiti neradni dan i naknadu svima ili ih proširiti na sve, postavlja se pitanje, koje dijelom anticipira odgovor na prethodno pitanje, što se primjenjuje u takvom horizontalnom odnosu i s kojim posljedicama.

115. Sudska praksa Suda već sadrži brojna načela koja pružaju određene smjernice.

116. Kao prvo, nije moguće pozivati se na direktivu kao takvu protiv pojedinca (kao što je poslodavac u privatnom sektoru)⁵². U takvim slučajevima oštećenikov pravni lijek u načelu je u obliku tužbe za naknadu štete protiv države⁵³.

48 Slično kao u točkama 76. do 79. i 97. do 98. *supra*

49 Presuda od 17. travnja 2018., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, t. 68.)

50 Vidjeti u tom smislu primjerice presudu od 11. studenoga 1997., Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, t. 31.)

51 Točka 100. *supra*

52 Presude od 14. srpnja 1994., Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, t. 20.); od 5. listopada 2004., Pfeiffer i dr. (C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, t. 108.); i od 19. siječnja 2010., Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, t. 46.)

53 Presuda od 19. studenoga 1991., Francovich (C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428). U kontekstu članka 21. stavka 1. Povelje u vezi s Direktivom 2000/78, vidjeti presudu od 15. siječnja 2014., Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, t. 50.)

117. Kao drugo, moguće je pozvati se na zabranu diskriminacije na temelju vjere iz članka 21. stavka 1. Povelje „u vezi s” Direktivom 2000/78 protiv pojedinca, barem u nekim slučajevima, s posljedicom da nacionalni sud mora izuzeti iz primjene svaki propis za koji se utvrdi da je nespojiv s tom zabranom. U tom smislu, kombinacija članka 21. stavka 1. Povelje i Direktive daje *pravo ne biti diskriminiran* na koje se može izravno pozvati pred nacionalnim sudovima, čak i u horizontalnom kontekstu. Međutim, važno je razjasniti da je ovo posljedica *nadređenosti* prava Unije, a ne njegova izravnog učinka (odjeljak 1. u nastavku).

118. Kao treće, po mojem mišljenju, članak 21. stavak 1. Povelje nema „horizontalni izravni učinak” u smislu da sâm po sebi dovodi do određene obveze privatnog poslodavca koju nacionalni sudovi mogu izravno provesti protiv njega kada, kao u ovom predmetu, diskriminacija proizlazi iz nacionalnog prava (odjeljak 2.). Međutim, oštećenik mora imati mogućnost podnošenja tužbe za naknadu štete protiv države za uklanjanje takve diskriminacije (odjeljak 3.).

1. Nadređenost

a) Kombiniranje direktive s odredbama Povelje

119. Sud je nadoknadio nepriznavanje horizontalnog izravnog učinka direktivama kako je gore navedeno na različite načine. Često je to bilo kroz obvezu usklađenog tumačenja⁵⁴. U skladu s ustaljenom sudskom praksom, ta obveza ne nalaže nacionalnom sudu da tumači nacionalno pravo *contra legem*. U ovom predmetu nacionalni sud je jasno naveo da usklađeno tumačenje nacionalnog prava nije moguće.

120. Suočen s takvim ograničenjima usklađenog tumačenja, Sud je „objedinjavao” svoje tumačenje općih načela prava⁵⁵ ili Povelje⁵⁶ s Direktivom 2000/78 da bi zaključio da se pojedinac u sporu s drugim pojedincem može pozivati na ono što je u praksi materijalni sadržaj direktive kako bi se neusklađeno nacionalno pravo izuzelo iz primjene.

121. U presudama Mangold, Küçükdeveci i DI⁵⁷ Sud je utvrdio da relevantne nacionalne odredbe nisu u skladu s pojedinim relevantnim odredbama *direktive*. Zatim je potvrdio da se pravu Unije „protive” takve odredbe nacionalnog prava u mjeri u kojoj su one protivne *općem načelu* (s posljedicom da ih nacionalni sud mora „ne primijeniti”, „izuzeti iz primjene” ili „odbiti primijeniti”). Stoga su nacionalni sudovi bili obvezni tumačiti nacionalno pravo „na način da se one mogu primijeniti u skladu s tom direktivom ili, ako takvo tumačenje u skladu s pravom Unije nije moguće, da, ako je potrebno, ne primijeni nijednu odredbu tog nacionalnog prava koja je protivna općem načelu nediskriminacije na temelju dobi”⁵⁸. Relevantni sadržaj direktive stoga je bio uveden u opće načelo prije nego što je takvo „konkretizirano” načelo primijenjeno u privatnom sporu za donošenje odluke o neusklađenosti nacionalnog prava.

122. U predmetu Egenberger Sud je smatrao da je zabrana diskriminacije na temelju vjere ili uvjerenja iz članka 21. stavka 1. Povelje „sama za sebe dovoljna kako bi pojedincima dodijelila pravo na koje se kao takvo mogu pozvati u postupku u kojem sudjeluju, a koji se vodi u području obuhvaćenom pravom Unije”⁵⁹. Primjenjujući takvu zabranu, nacionalni sud ima zadaću „uzeti u obzir, osobito, ravnotežu

54 Presuda od 5. listopada 2004., Pfeiffer i dr. (C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584), i od 17. travnja 2018., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257)

55 Presuda od 22. studenoga 2005., Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709), i od 19. siječnja 2010., Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21)

56 Presuda od 17. travnja 2018., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257)

57 Presude od 22. studenoga 2005., Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, t. 77. i 78.); od 19. siječnja 2010., Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, t. 43. i 51.); i od 19. travnja 2016., DI (C-441/14, EU:C:2016:278, t. 27. i 35.)

58 Presuda od 19. travnja 2016., DI (C-441/14, EU:C:2016:278, t. 43.)

59 Presuda od 17. travnja 2018., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, t. 76.)

koju je između tih interesa uspostavio zakonodavac Unije Direktivom 2000/78 kako bi utvrdio obveze koje proizlaze iz Povelje”⁶⁰. Drugim riječima, Sud je smatrao da je sadržaj relevantnih odredaba direktive implicitno sadržan u članku 21. Povelje. Nacionalni sud mora zajamčiti puni učinak te odredbe, „po potrebi odbijanjem primjene svake protivne nacionalne odredbe”⁶¹. Isti zaključak je primijenjen *mutatis mutandis* i na članak 47. Povelje.

123. U predmetu AMS⁶² Sud je ipak potvrdio ograničenja takvom uvođenju sadržaja direktive u opća načela i odredbe Povelje za potrebe primjene u horizontalnim situacijama. Navedeni predmet se odnosio na Direktivu 2002/14/EZ, koja zahtijeva predstavnika radnika u poduzećima s najmanje 50 radnika⁶³. Članak 3. stavak 1. je postavio prag od „50 radnika” i, u mjeri u kojoj je to ovdje relevantno, predmet se u osnovi bavio pojmom „radnika” u tu svrhu. Sud je smatrao da mjerodavna nacionalna odredba nije u skladu s člankom 3. stavkom 1. Direktive s obzirom na to da isključuje određene vrste radnika iz izračuna njihova broja.

124. Sud je, međutim, dalje smatrao da se „okolnosti predmeta u glavnom postupku razlikuju od onih koje su dovele do ranije navedene presude Küçükdeveci utoliko što je načelo nediskriminacije s obzirom na dob, o kojem je riječ u potonjem predmetu, utvrđeno člankom 21. stavkom 1. Povelje, *dovoljno samo po sebi za davanje pojedincima subjektivnog prava na koje se može pozvati kao takvo*”⁶⁴. Suprotno tomu, članak 27. Povelje „nije sâm po sebi dovoljan za davanje pojedincima prava na koje se može pozvati kao takvo”⁶⁵. Sud je stoga smatrao da je odredba članka 3. stavka 1. Direktive 2002/14 previše detaljna da bi se mogla smatrati sadržanom u relevantnoj odredbi Povelje.

b) Pravni učinci u skladu s postojećom sudskom praksom

125. Jasno je da se, nakon predmeta Egenberger, u okviru spora između pojedinaca može „pozivati na” članak 21. stavak 1. Povelje u vezi s Direktivom 2000/78, i kao sredstvo za usklađeno tumačenje i kao, što je još važnije, mjerilo za osporavanje valjanosti prava Unije i usklađenosti nacionalnog prava (unutar područja primjene prava Unije). Stoga se pojedinac može pozivati na njega protiv drugog pojedinca da „zabrani” ili da nacionalni sud „izuzme iz primjene”, „ne primijeni” ili „odbije primijeniti” suprotnu odredbu nacionalnog prava.

126. Presuda u predmetu Egenberger stoga potvrđuje nadređenost primarnog prava Unije u obliku članka 21. stavka 1. Povelje u posebnim okolnostima horizontalnog spora, kada je instrument sekundarnog prava direktiva i usklađeno tumačenje nije moguće.

127. Međutim, u presudi u predmetu Egenberger ne navode se pojedinosti o daljnjim posljedicama pozivanja na odredbe u takvim slučajevima. Osobito, u predmetu Egenberger (ili bilo kojem drugom predmetu koji se navodi u prethodnom odlomku), ništa ne potvrđuje da članak 21. stavak 1. Povelje ima „horizontalni izravni učinak” u smislu da sâm po sebi predstavlja samostalan izvor prava koji proizvodi s njim povezane obveze drugog pojedinca u privatnopravnom sporu. Niti ta presuda niti bilo koja druga citirana sudska praksa ne navodi na zaključak da pozivanje na članak 21. stavak 1. i zaključak o neusklađenosti nužno ima za posljedicu neki određeni pravni lijek.

60 Presuda od 17. travnja 2018., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, t. 81.)

61 Presuda od 17. travnja 2018., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, t. 79.)

62 Presuda od 1. siječnja 2014., Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2).

63 Direktiva 2002/14/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. ožujka 2002. o uspostavljanju općeg okvira za obavješćivanje i savjetovanje s radnicima u Europskog zajednici (SL 2002., L 80, str. 29.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 5., str. 182.)

64 Presuda od 15. siječnja 2014., Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, t. 47.), moje isticanje

65 Presuda od 15. siječnja 2014., Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, t. 49.)

128. Umjesto toga, ta sudska praksa ponavlja opće pravilo po kojem nacionalni sudovi imaju obvezu osigurati „pravnu zaštitu koja za pojedince proizlazi iz [odredaba] prava Unije i zajamčiti njegov puni učinak”⁶⁶ (ne primjenjujući neusklađeno nacionalno pravo) ili navodi da je nacionalni sud dužan „osigurati da se poštuje načelo nediskriminacije”⁶⁷ ili da se pojedincu ne mogu uskratiti prednosti tumačenja prava koja se protive osporavanom nacionalnom pravnom pravilu⁶⁸.

129. Ukratko, do sada je jasno utvrđeno da apstraktni nadzor usklađenosti u smislu članka 21. stavka 1. Povelje, tumačen u vezi s Direktivom 2000/78, kako je proveden u odgovoru na prvo pitanje suda koji je uputio zahtjev, može voditi do izuzimanja iz primjene neusklađenog nacionalnog prava. To je posljedica nadređenosti prava Unije do koje može doći i u okviru spora između pojedinaca.

130. Zbog razloga koji se navode u sljedećem odjeljku moj prijedlog Sudu je da bi bilo mudro zadržati taj pristup. Na izričito pitanje o *konkretnim praktičnim posljedicama za stranke postupka* ako se nacionalno pravo zaista izuzme iz primjene, moj daljnji prijedlog je da se, umjesto razmatranja izravnog horizontalnog učinka odredaba Povelje (2), radije usredotoči na pitanje pravnih sredstava (3).

2. „Horizontalni izravni učinak”

131. Proglašenje članka 21. stavka 1. Povelje izravno horizontalno primjenjivim značilo bi da pojedinci mogu utvrditi, *izravno na temelju te odredbe*, postojanje prava i *odgovarajuće obveze* druge privatne (nedržavne) stranke, neovisno o postojanju i/ili upućivanju na sadržaj sekundarnog prava. U tom smislu, pravilo koje ima izravni učinak mora, samo po sebi, biti dovoljno jasno, precizno i bezuvjetno da bi se na njega moglo pozivati pred sudom u horizontalnom odnosu.

132. Ne vidim kako bi odredba članka 21. stavka 1. Povelje u okolnostima ovog predmeta mogla ispuniti te uvjete (a), kao i, uostalom, brojne odredbe Povelje općenito (b). Međutim i ponovno, navedeno ne sprječava da se odredbe Povelje u stvarnosti primjenjuju i da budu vrlo važne u predmetima kao što je ovaj, iako na drugačiji način (c).

a) Horizontalni izravni učinak članka 21. stavka 1. Povelje

133. Na određenoj razini moglo bi se navoditi da pravilo koje zabranjuje diskriminaciju na temelju vjere na toj razini apstrakcije zaista i jest dovoljno jasno, precizno i bezuvjetno. Bezuvjetno i jasno, zabranjena je diskriminacija na temelju vjere.

134. Međutim, ako se gleda na takvoj razini apstrakcije, onda bi u osnovi bilo koja odredba prava Unije mogla biti izravno primjenjiva. Zbog toga je tradicionalni test izravnog učinka druge prirode: je li sadržaj određenog pravila dovoljno jasan i precizan da se na njega može pozivati pred sudom u okolnostima određenog slučaja?

135. Ovaj slučaj je dobar primjer složenosti tog pitanja i zašto nema „jasnog, preciznog i bezuvjetnog” pravila za njegov odgovor. Bi li to bilo pravo na plaćeni blagdan (i obveza njegova davanja) koje bi proizlazilo iz članka 21. stavka 1. Povelje? Bi li taj blagdan bio na Veliki petak ili na neki drugi određeni dan? Ili jedina tražbina može biti novac, u obliku prava na dodatnu plaću, prava na naknadu ili prava na naknadu štete (uz odgovarajuću obvezu poslodavca da navedeno osigura)?

66 Presuda od 19. travnja 2016., DI (C-441/14, EU:C:2016:278, t. 29. ili 35.)

67 Presuda od 19. siječnja 2010., Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, t. 56.) i od 19. travnja 2016., DI (C-441/14, EU:C:2016:278, t. 35. do 37.)

68 Presuda od 19. travnja 2016., DI (C-441/14, EU:C:2016:278, t. 41.)

136. Po mojem mišljenju, šturo sročeni članak 21. stavak 1. Povelje nikako se ne može tumačiti na način da sadržava odgovore na takva pitanja. Ipak, nacionalni sud će se, kao u ovom predmetu, neizbježno suočiti s njima kada bude „izuzimao iz primjene” protivne odredbe nacionalnog prava.

137. U potpunosti prihvaćam da „jasno, precizno i bezuvjetno” ne podrazumijeva da je svaki aspekt prava izričito unaprijed određen u zakonodavstvu. Takav scenarij jednostavno nije realan. Međutim, na ono što ostane neriješeno mora se barem mora moći pozivati pred sudom⁶⁹. Po mojem mišljenju, sama priroda prava o kojem je riječ (blagdan na Veliki petak, jedan neutvrđeni plaćeni blagdan, naknada ako se ne koristi pravo na neradni dan na taj blagdan) nije nešto na što se u tom smislu može pozivati pred sudom.

138. Što je još važnije, smatram da ovdje nije riječ o „horizontalnom izravnom učinku” Povelje (u vezi s direktivom). Ponovno navodim, u članku 21. stavku 1. Povelje može postojati „jasan, precizan i bezuvjetan” zahtjev nediskriminacije na određenoj razini apstrakcije, ali iz njega ne proizlazi „jasan, precizan i bezuvjetan” praktični zahtjev. Po mojem mišljenju, četvrtom pitanju nacionalnog suda se ne treba pristupiti u smislu horizontalnog izravnog učinka. Horizontalni izravni učinak u gore opisanom smislu – koji dovodi do *posebnih* prava (na novac, davanja i tako dalje) i odgovarajućih obveza – očito ne postoji.

b) Horizontalni izravni učinak Povelje općenito

139. Gledajući izvan konteksta ovog predmeta i primjene tradicionalnog testa „izravnog učinka” na članak 21. stavak 1. Povelje, postoje daljnji načelni argumenti o tome zašto bi horizontalni izravni učinak odredaba Povelje bio problematičan.

140. Kao prvo, na temelju članka 51. stavka 1., kao i direktiva na temelju članka 288. UFEU, Povelja jednostavno nije upućena pojedincima, već državama članicama i institucijama i tijelima Unije. Moglo bi se reći da ovaj (tekstualni) argument nije osobito jak, s obzirom na to da zapravo već postoje znatni *horizontalni učinci* Povelje, kako je detaljno navedeno ranije⁷⁰. Međutim, postoji značajna kvalitativna razlika između, s jedne strane, navoda da se povelja o pravima može koristiti za provjere usklađenosti i mogućeg izuzimanja iz primjene neusklađenog propisa te da može biti izvor za usklađeno tumačenje, koje također ima doseg u horizontalnim situacijama, i s druge strane, uzimanja odredaba te povelje o pravima kao *izvora izravnih obveza* za privatne stranke, neovisno o zakonskim odredbama ili njihovu nedostatku. To je i razlog zbog kojeg, po mojem saznanju, u brojnim pravnim sustavima nacionalne povelje o pravima imaju upravo te dvije funkcije, moguće uz navođenje pozitivnih obaveza koje država mora preuzeti. Međutim, čak i ako na takav način imaju utjecaj na horizontalne odnose, temeljna prava ipak, prilično mudro, nemaju horizontalni izravni učinak.

69 Tako se kao izravno primjenjiva također priznaju pravila koja su formulirana na priličnoj visokoj razini apstrakcije (kao što je pravilo da troškovi postupka revizije radi pobijanja zakonitosti određenih odluka koje su donesene primjenom Direktive o procjeni utjecaja na okoliš (Direktiva Vijeća 85/337/EEZ od 27. lipnja 1985. o procjeni učinaka određenih javnih i privatnih projekata na okoliš (SL 1985., L 175, str. 40.)) ne budu preskupi, ali jasno ograničena u svojem opsegu i području primjene, kao i praktične rezultate koji se imaju postići na temelju strukture instrumenta sekundarnog prava čiji su dio – vidjeti moje nedavno mišljenje od 5. lipnja 2018., u predmetu Klohn (C-167/17, EU:C:2018:387, t. 33. do 55.).

70 Točke 125. do 129. prethodnog odjeljka ovog mišljenja.

141. Kao drugo, razlog za takvo ograničenje zasigurno nije izostanak želje da se učinkovito zaštite temeljna prava. Naprotiv, radi se o potrebi predvidljivosti, pravne sigurnosti i, na ustavnoj razini, diobe vlasti. Povelje o pravima su često apstraktne i stoga nejasne, a takva je i Povelja. Općenito trebaju daljnje propise da dobiju sadržaj na koji se može pozivati pred sudom. Pridavanje tim odredbama horizontalnog izravnog učinka samima po sebi, u pogledu prava i obveza pojedinaca, otvara vrata ekstremnim oblicima sudske kreativnosti⁷¹.

142. Kao treće, s obzirom da sadržaj prava i obveza, koji proizlaze iz Povelje, nije jasan, može biti primamljivo tražiti odgovore u odgovarajućem sekundarnom zakonodavstvu. Pri procjeni usklađenosti nacionalnog prava s odredbama Povelje (načelo nadređenosti) Sud zaista upućuje na primjenu odredaba Povelje i opća načela „s obzirom na” ili „u vezi sa” sekundarnim zakonodavstvom⁷². Čini se da ima sve više sudske prakse ovog Suda koja uvodi (često jako sofisticiran) sadržaj direktiva u odredbe Povelje prije nego što te odredbe horizontalno primijeni⁷³.

143. Nema sumnje da je nekad konzultiranje sekundarnog zakonodavstva zaista i ključno u utvrđivanju onog što bio mogao biti (prihvatljiv) sadržaj prava ili općeg načela u danom trenutku⁷⁴. Postoji ipak razlika između kritičkog, komparativnog pregleda (više) izvora sekundarnog prava kako bi se zaključilo koji bi mogao biti opći trend i, zapravo, nekritičke i izravne „transliteracije” sadržaja direktive u odredbu Povelje.

144. Brojni su ustavni kao i praktični problemi potonjeg pristupa⁷⁵. Treba li izravni učinak odredaba Povelje zapravo ovisiti o tome je li i koje je sekundarno zakonodavstvo usvojeno u određenom području? Odlučuje li stoga zakonodavac Unije neizravno o (ne)postojanju izravnog učinka Povelje? Treba li Povelja biti, na takav način, „dekonstitucionalizirana”? Umjesto da predstavlja mjerilo za nadzor sekundarnog prava, treba li ono nju određivati i njome upravljati? Ako ne, ili barem ako *ne uvijek*, kada bi to morao biti slučaj, a kada ne?

145. U konačnici, problem predvidivosti i pravne sigurnosti, povezan, doduše, s izrazitim okusom zaobilaženja vlastitih, prethodno zadanih, granica, je taj koji me dovodi do posljednje točke: ako bi ovo uistinu bio budući pristup Suda, bilo bi preporučljivo ponovno razmotriti pitanje horizontalnog izravnog učinka direktiva. Uporno formalno uskraćivanje horizontalnog izravnog učinka direktivama postaje sve upitnije, dok se istodobno prevrću nebo i zemlja da bi se osiguralo da to ograničenje nema nikakve praktične posljedice, kao što je uvođenje sadržaja direktive u odredbe Povelje.

71 Zbog istog je razloga 1929. Hans Kelsen, koji se često smatra „ocem” moderne ustavne pravde, a koji bi vjerojatno bio jako iznenađen da vidi njezin sadašnji doseg, želio isključiti izravnu primjenjivost „überpositiver Normen”, u koje je uključio temeljna prava, upozoravajući da bi to davalo svakom takvom ustavnom sudu stvaran monopol moći unutar državnih struktura – Kelsen, H., *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5.*, Berlin und Leipzig, de Gruyter & Co., 1929., str. 69. do 70.

72 Presuda od 17. travnja 2018., Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257), koja je razmatrana u ovom kontekstu u točki 122. *supra*. Vidjeti također presudu od 19. siječnja 2010., Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21), u vezi s načelom nediskriminacije na temelju dobi „konkretiziranim” u Direktivi 2000/78.

73 U najnovijem primjeru moj cijenjeni kolega, nezavisni odvjetnik Bot, predložio je Sudu da unese odgovarajući sadržaj Direktive 2003/88/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 4. studenoga 2003. o određenim vidovima organizacije radnog vremena (SL 2003., L 299, str. 9.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 2., str. 31.) u članak 31. stavak 2. Povelje. Ovakav zaključak je opravdao pozivanjem na Objašnjenja koja se odnose na Povelju u skladu s kojima članak 31. stavak 2. „temelji se na Direktivi 93/104/EZ” (kodificirana Direktivom 2003/88) – vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika Bota u spojenim predmetima Bauer i Broßonn (C-569/16 i C-570/16, EU:C:2018:337, t. 86.).

74 Kao primjer takve pažljive i uravnotežene analize vidjeti presudu od 15. listopada 2009., Audiolux i dr. (C-101/08, EU:C:2009:626).

75 Za detaljno razmatranje ovog problema vidjeti mišljenje nezavisne odvjetnice V. Trstenjak u predmetu Dominguez (C-282/10, EU:C:2011:559).

c) Nema horizontalnog izravnog učinka, ali (značajnih) učinaka ipak ima

146. Izostanak horizontalnog izravnog učinka članka 21. stavka 1. (i, u tu svrhu, ostalih odredaba) Povelje ne znači da one nemaju horizontalne učinke. Upravo suprotno. Međutim, oni su drugačije prirode. U odnosu na nacionalno pravo Povelja služi: (i) kao alat za usklađeno tumačenje nacionalnog prava; (ii) kao mjerilo za utvrđivanje usklađenosti prava Unije i nacionalnih pravila, s mogućom posljedicom da nacionalni sudac mora, čak i u sporovima između pojedinaca, izuzeti iz primjene nacionalna pravila (primijenjena kada država članica djeluje u području primjene prava Unije) ako nisu u skladu s Poveljom. Potonje je, međutim, posljedica nadređenosti prava Unije, a ne horizontalnog izravnog učinka odredaba Povelje. Ne mogu se zasnivati nove samostalne obveze privatnih stranaka *samo* na temelju Povelje.

147. Doduše, neprimjenjivanje neusklađenog nacionalnog prava ne može samo po sebi pružiti neposrednu zaštitu strankama. To je očito u ovom predmetu. Neprimjenjivanje znači uklanjanje protivnih odredaba nacionalnog prava. Osim ako se uzme prilično jedinstven, da ne kažem zamršen i opasan, pristup konceptu „neprimjenjivanja” (uključujući, primjerice, selektivno uklanjanje riječi u protivnoj odredbi)⁷⁶, neprimjenjivanje ili izuzimanje iz primjene protivne odredbe bi u ovom slučaju uključivalo ukidanje cijelog članka 7. stavka 3. Zakona o odmoru i blagdanima. To bi značilo da od trenutka sudskog proglašenja neusklađenosti nitko ne bi imao blagdan na Veliki petak.

148. Alternativni pristup bio bi uzeti da postoji horizontalni izravni učinak prava na slobodu od diskriminacije i da, svojstveno njemu, postoji pravo na ista prava i davanja koje ima povlaštena skupina (izjednačavanje na višoj razini) ili da se s usporedivim drugim osobama postupa jednako loše (izjednačavanje na nižoj razini). Upravo ovo je sadržano u četvrtom pitanju nacionalnog suda. Međutim, pod pretpostavkom da se prihvati rješenje koje uključuje izjednačavanje na višoj razini – vratit ću se tom pitanju u nastavku – ono ipak ne daje odgovor ni na koje od gore navedenih pitanja o naravi i doseg tih prava.

149. Umjesto toga, pitanje bi se, po mojem mišljenju, trebalo shvatiti kao traženje jasnog odgovora o konkretnim *pravnim lijekovima*, koji moraju biti dostupni u predmetima kao što je ovaj, za razliku od nestalnog skupa posebnih prava (na neradni dan, naknade ili druga). Takav pristup je već primijenjen u sudskoj praksi Mangold, Küçükdeveci, DI i Egenberger, koja potvrđuje neprimjenu protivnih nacionalnih odredaba i postojanje prava na djelotvoran pravni lijek (a ne „horizontalni izravni učinak” Povelje). Međutim, fokus ovog predmeta na praktičnim posljedicama neprimjene znači da se Sud mora jasno odrediti o toj razlici. Upravo ću to pitanje sada razmotriti.

3. Pravni lijekovi

150. Članak 21. stavak 1. Povelje ne proizvodi skup određenih prava i odgovarajućih obveza za poslodavce i radnike. Međutim, odgovornost je nacionalnih sudova posebice da pruže pravnu zaštitu koju pojedinci izvode iz odredaba prava Unije te da osiguraju puni učinak tih odredaba⁷⁷. *Pravni lijek za diskriminaciju mora biti dostupan* u skladu s načelom djelotvorne sudske zaštite⁷⁸.

⁷⁶ Članak 7. stavak 3. Zakona o odmoru i blagdanima trenutačno glasi: „Veliki petak je neradni dan za pripadnike evangeličkih crkava augsburške i helvetske konfesije, Starokatoličke Crkve i Evangeličke metodističke Crkve.” Ako se „neprimjenjivanje” shvati na razini pojedinih riječi te odredbe, onda bi primjerice moglo doći do brisanja objekta rečenice, odnosno upućivanja na pripadnike četiriju crkava (što bi značilo da svi dobivaju neradni dan ili naknadu plaće na Veliki petak) ili precrtavanja upućivanja na pripadnike četiriju crkava i Veliki petak (što bi značilo da postoji neradni dan na neodređeni dan – u bitnom prijedlog Komisije. Međutim, možda bi ipak trebala postojati razlika između izuzimanja iz primjene nacionalnog prava i sudske igre *Scrabble* koja bi dopuštala stvaranje bilo kakvog pravila novim kombiniranjem izabranih riječi izvučenih iz postojećeg propisa.

⁷⁷ Vidjeti presudu u od 5. listopada 2004., Pfeiffer i dr. (C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, t. 111.). Vidjeti također presudu od 15. travnja 2008., Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, t. 42.).

⁷⁸ Presuda od 13. ožujka 2007., Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, t. 37. i navedena sudska praksa)

151. Budući da nema pravila Unije koja uređuju to pitanje, na domaćim je pravnim sustavima svake države članice da odrede nadležne sudove i detaljna postupovna pravila kojima se uređuju pravni lijekovi za zaštitu prava koja pojedinci izvode iz prava Unije. Međutim, države članice su obvezne osigurati učinkovitu zaštitu tih prava u svakom predmetu⁷⁹ i na taj način poštovati načela ekvivalentnosti i djelotvornosti⁸⁰.

152. Sud ipak može dati smjernice o tome što pravo na djelotvoran pravni lijek podrazumijeva u predmetu kao što je ovaj. Postoje dva pitanja u vezi s kojima Sud može pomoći sudu koji je uputio zahtjev. To su, kao prvo, sastoji li se pravni lijek od izjednačavanja na višoj ili nižoj razini (a) i, kao drugo, protiv koga bi taj pravni lijek trebao biti usmjeren (b).

153. Smatram da u predmetima kao što je ovaj: kada postoji spor između privatnih stranaka i kada je izvor diskriminacije nacionalni propis te se utvrđuje na temelju članka 21. stavka 1. Povelje (u apstraktnom nadzoru kao što je slučaj s prvim pitanju, u vezi s Direktivom 2000/78), pravo Unije ne zahtijeva pravni lijek usmjeren protiv *poslodavca*. Međutim, pravo Unije zahtijeva da žrtva može podnijeti tužbu za naknadu štete protiv *države* radi ispravljanja povrede.

154. Prije detaljnijeg ulaženja u ovu tematiku, razmotrit ću pitanje „izjednačavanja na višoj razini” i „izjednačavanja na nižoj razini”.

a) Izjednačavanje na višoj razini i izjednačavanje na nižoj razini

155. Četvrto pitanje nacionalnog suda predviđa dva rješenja problema diskriminacije u ovom predmetu: izjednačavanje na višoj razini i izjednačavanje na nižoj razini.

156. Želim pojasniti da pitanje suda koji je uputio zahtjev razumijem na način da se ono odnosi samo na „prijelazno razdoblje”, odnosno, na vrijeme nakon utvrđenja neusklađenosti, a prije nego što nacionalni zakonodavac predvidi novi režim. Za to razdoblje je pitanje izjednačavanja na višoj razini i izjednačavanja na nižoj razini otvoreno.

157. Nasuprot tome, isto pitanje se ne postavlja u odnosu na prošlost, odnosno u odnosu na prethodne godine u kojima je naknada plaće odobrena samo izabranoj skupini, a ostalima ne, a za ta razdoblja još nije nastupila zastara u skladu s pravilima nacionalnog prava. Za ta razdoblja u praksi jedini način ispravljanja prošle diskriminacije je izjednačavanje na višoj razini. Povlaštenoj skupini se ne mogu retroaktivno oduzeti pogodnosti zbog legitimnih očekivanja ili stečenih prava. Stoga je jedini pravi način ispravljanja diskriminacije za to razdoblje dodjeljivanje istih pogodnosti svima (podložno pitanju, koje je predmet sljedećeg odjeljka o tome od koga se može tražiti da plati i zašto).

158. Stoga, ako se sada vratimo samo na prijelazno razdoblje, Komisija je također, u odnosu na to razdoblje, predložila da prikladan odgovor bude izjednačavanje na višoj razini. U prilog tom argumentu i tužitelj i Komisija citirali su sudsku praksu koja uključuje presude u predmetima Milkova, Specht i Landtová⁸¹.

79 Vidjeti osobito presudu od 9. srpnja 1985., Bozzetti (C-179/84, EU:C:1985:306, t. 17.); presudu od 18. siječnja 1996., SEIM (C-446/93, EU:C:1996:10, t. 32.); i od 17. rujna 1997., Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, t. 40.).

80 Vidjeti osobito presudu od 16. prosinca 1976., Rewe-Zentralfinanz i Rewe-Zentral (33/76, EU:C:1976:188, t. 5.); od 16. prosinca 1976., Comet (45/76, EU:C:1976:191, t. 13. do 16.); od 14. prosinca 1995., Peterbroeck, (C-312/93, EU:C:1995:437, t. 12.); od 13. ožujka 2007., Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, t. 43.); i od 7. lipnja 2007., Van der Weerd i dr. (C-222/05 do C-225/05, EU:C:2007:318, t. 28.).

81 Presude od 22. lipnja 2011., Landtová (C-399/09, EU:C:2011:415), od 19. lipnja 2014., Specht i dr. (C-501/12 do C-506/12, C-540/12 i C-541/12, EU:C:2014:2005); i od 9. ožujka 2017., Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198)

159. Doista je točno to da je Sud u tim predmetima iznio općenitu tvrdnju da „kada je utvrđena diskriminacija koja je u suprotnosti s pravom Unije te *tako dugo dok mjere koje uspostavljaju jednako postupanje nisu usvojene*, poštovanje načela jednakosti može biti osigurano jedino davanjem osobama koje se nalaze u nepovoljnijem položaju istih prednosti koje imaju osobe u privilegiranom položaju, a taj sustav, uslijed nepravilne primjene prava Unije, ostaje jedini valjani referentni sustav”⁸².

160. To znači da je, kada je nacionalni sud suočen s diskriminacijom koja potječe iz zakonodavstva, neizbježna posljedica neprimjene protivne odredbe nacionalnog prava doista „izjednačavanje na višoj razini”, u očekivanju usvajanja nediskriminirajućeg zakonodavstva (koje bi moguće moglo izjednačiti na nižoj razini)⁸³.

161. U tom pogledu ističem sljedeća opažanja.

162. Kao prvo, nadređenost prava Unije, uključujući nadređenost Povelje, zahtijeva da se odredba nacionalnog prava, koja je nespojiva s pravom Unije, mora izuzeti iz primjene. To znači da bi protivna odredba morala stvarno nestati iz nacionalnog pravnog sustava u okolnostima u kojima je suprotna pravu Unije. Stoga je logično da se ono što je nestalo potom ne može ni na koga primijeniti. Ipak, bilo bi neobično da se ista odredba koja je uklonjena, kada je primjenjiva na neke, smjesta zatim ponovno vrati kako bi se primijenila na sve. Taj paradoks, kojeg podrazumijeva rješenje u smislu izjednačavanja na višoj razini, mora se prije priznati nego ga je moguće riješiti.

163. Drugo, kao općeniti prijedlog, rješenje u obliku izravnavanja na višoj razini kao privremeni, uobičajeni *pravni lijek* (za razliku od prava s horizontalnim izravnim učinkom) čini se bolja opcija, posebice s gledišta legitimnih očekivanja privilegirane skupine. Međutim, problem je ponovno u detaljima (ili barem u praktičnoj primjeni). Složeniji slučajevi uključuju nenovčana davanja. U ovom je predmetu Komisija u svojim pisanim očitovanjima navodila da članak 7. stavak 3. Zakona o odmoru i blagdanima, predviđajući blagdan na Veliki petak za neke vjerske skupine, a za druge ne, može biti diskriminatoran. Međutim, rješenje koje je predložila Komisija nije bilo da se Veliki petak proširi kao blagdan na sve. Umjesto toga Komisija je predložila sudsko prekrajanje odredbe na način da se davanje koje se sastoji od plaćenog neradnog dana radi slavljenja „posebno važnog” vjerskog događaja, koji odredi svaki zaposlenik radnik, proširi na sve zaposlenike. „Izjednačavanje na višoj razini” dobro zvuči (barem na engleskom jeziku), ali ono prikriva potencijalno značajnu složenost, čak i arbitrarnost, u praktičnoj primjeni, sličnu onoj koja se susreće u odnosu na pitanje horizontalnog izravnog učinka.

164. Kao treće, postoji nekoliko presuda Suda u kojima je izložena varijanta načela izjednačavanja na višoj razini. Međutim, svaki od tih predmeta ima posebna obilježja. Dva su od posebne važnosti, a to su: *izvor diskriminacije* i *identitet tuženika*.

82 Presude od 22. lipnja 2011., Landtova (C-399/09, EU:C:2011:415, t. 51.); presuda od 19. lipnja 2014., Specht i dr. (C-501/12 do C-506/12, C-540/12 i C-541/12, EU:C:2014:2005, t. 95.); i od 9. ožujka 2017., Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198, t. 67.), moje isticanje

83 Vidjeti presudu od 9. veljače 1999., Seymour-Smith i Perez (C-167/97, EU:C:1999:60)

165. U tom smislu ističem da je u svim predmetima, koje su stranke navodile da podupru rješenje izjednačavanja na višoj razini⁸⁴, izvor diskriminacije bilo nacionalno pravo i *da je tuženik bila država* (a spor je bio o novcu)⁸⁵. To je, po mojem mišljenju, najjednostavnija moguća konfiguracija (i doista najčešća u sudskoj praksi Suda)⁸⁶. U konačnici, država članica mora podmiriti račun za zakonodavnu diskriminaciju. To je jasna posljedica predmeta Francovich i predmeta koji ga slijede. Odgovornost države mora u načelu osigurati zaštitnu mrežu.

166. Postoje i predmeti u kojima je Sud, u okolnostima spora između pojedinaca, uputio na načelo izjednačavanja na višoj razini. Međutim, to je bilo u ograničenom broju predmeta koji se odnose na diskriminaciju u vezi s mirovinama⁸⁷ ili plaćama⁸⁸, koje se općenito mogu pripisati *poslodavcu* (a ne proizlaze iz zakonodavstva). U okolnostima privatnopravnih sporova koji uključuju navodnu diskriminaciju, umjesto predlaganja izravnavanja na višoj razini kao općeg rješenja, Sud se više usredotočio na opći zahtjev da se osiguraju djelotvorni pravni lijekovi i sankcije⁸⁹.

167. Kao četvrto, u odsutnosti posebnih dodatnih razloga kao što su ljudsko dostojanstvo ili legitimna očekivanja, koji bi u okolnostima pojedinačnog predmeta spriječili izjednačavanje na nižoj razini u prijelaznom razdoblju, ne vidim načelan argument zašto bi izjednačavanje na nižoj razini bilo sustavno i u svim slučajevima diskriminacije samo po sebi isključeno. To je tim više tako u predmetima kada se davanje koje se odobrava povlaštenoj skupini ne ponavlja ili kada se ponavlja bez uspostave odnosa ovisnosti (kao što su primjerice davanja koja se ponavljaju iz sustava socijalne sigurnosti).

168. Što se tiče ovog predmeta, koji bi bio poseban (dodatni) razlog koji bi nadjačao zaključak da se protivna odredba mora izuzeti iz primjene i zamijenio ga zaključkom da se njezino područje primjene mora proširiti pedeseterostruko⁹⁰?

169. Velikodušno proglašenje da bi svima trebalo biti bolje možda daje osobno zadovoljstvo, ali je, bez uzimanja u obzir njegove gospodarske održivosti, teško pravno prikladno⁹¹. Želio bih naglasiti da gospodarski argumenti nikako nisu opravdanje za diskriminaciju. Međutim, ta okolnost sama za sebe ne daje pozitivno opravdanje za izjednačavanje na višoj razini.

170. Zaštita slobode vjeroispovijedi pripadnika četiriju crkava je također neuvjerljiva. U tom smislu napominjem da članak 8. Zakona o odmoru i blagdanima, koji nameće poslodavcima dužnost pažnje, u biti traži od njih da primjereno odgovore na potrebe svojih radnika za bogoslužjem. Zašto, ako je to dovoljno drugim vjerskim manjinama u Austriji u vezi s njihovim posebnim vjerskim blagdanima, ne bi bilo dovoljno pripadnicima četiriju crkava? Obrnuto, nije jasno kako bi „izjednačavanje na višoj razini” (možda plaćanjem svim austrijskim radnicima dvostruko ili dodjeljivanjem neradnog dana na Veliki petak), na bilo koji način unaprijedilo slobodu vjeroispovijedi.

84 Bilješka 81. *supra*

85 Zamjenjiva činidba *par excellence*, za razliku od primjerice prava na blagdan ili prava biti zaposlen.

86 Druge presude koje ponavljaju „varijantu iz predmeta: Landtová, Specht i Milkova” načela izjednačavanja na višoj razini također uključuju državu kao tuženika – vidjeti presude od 12. prosinca 2002., Rodríguez Caballero (C-442/00, EU:C:2002:752, t. 42.); od 21. lipnja 2007., Jonkman i dr. (C-231/06 do C-233/06, EU:C:2007:373, t. 39.); od 28. siječnja 2015., Starjakob (C-417/13, EU:C:2015:38, t. 46.) i od 14. ožujka 2018., Stollwitzer (C-482/16, EU:C:2018:180, t. 30.). Vidjeti također uže formulirane varijante koje se primjerice odnose na diskriminaciju u vezi s plaćom u presudi od 7. veljače 1991., Nimz (C-184/89, EU:C:1991:50, t. 18.) i od 17. travnja 1997., Evrenopoulos (C-147/95, EU:C:1997:201, t. 42.). Diskriminacija koja proizlazi iz kolektivnih ugovora je isto uobičajena i praktički izjednačena sa zakonodavnom diskriminacijom te Sud koristi širu formulaciju varijante načela izravnavanja na višoj razini – vidjeti primjerice presudu od 20. ožujka 2003., Kutz-Bauer (C-187/00, EU:C:2003:168, t. 72.).

87 Vidjeti presude od 28. rujna 1994., van den Akker (C-28/93, EU:C:1994:351); od 28. rujna 1994., Coloroll Pension Trustees (C-200/91, EU:C:1994:348), i od 28. rujna 1994., Avdel Systems (C-408/92, EU:C:1994:349), koje su se sa stručne strane odnosile na nedržavni sustav mirovinskog osiguranja, ali se radilo o „ustupljenoj” mirovini u smislu da su doprinosi za nju zamijenili doprinose za državno mirovinsko osiguranje.

88 Presuda od 8. travnja 1976., Defrenne (43/75, EU:C:1976:56)

89 Presude od 10. travnja 1984., Harz (C-79/83, EU:C:1984:155), i od 8. studenoga 1990., Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383).

90 Napominjem da se u svojim usmenim očitovanjima Komisija zauzimala za proširenje neradnog dana/naknade za Veliki petak, koje su uživali pripadnici četiriju crkava (oko 2 % stanovništva), na svu austrijsku radnu snagu te da se isto učini za Jom Kipur.

91 Na raspravi je trošak proširenja naknade za Veliki petak na sve zaposlenike procijenjen na 600 milijuna eura godišnje (vjerojatno bi se radilo o sličnom iznosu u slučaju Jom Kipura).

171. S obzirom na prethodno navedeno, smatram da u ovom predmetu nije moguće jednostavno odgovoriti sudu koji je podnio zahtjev potvrđivanjem da je „izjednačavanje na višoj razini” jedini pravilan smjer kojim treba ići. To je pristup koji je Sud razvio u kontekstu tužbi protiv države, uglavnom u vezi s davanjima iz sustava socijalne skrbi, a koji nije moguće općenito prenijeti na horizontalne sporove. Štoviše, u ovim okolnostima on bi predstavljao pretjerano jednostavan odgovor koji prikriva određena složena pitanja velike praktične važnosti. Umjesto toga, smatram da bi referentna vrijednost u ovom predmetu trebala biti sudska praksa Suda o djelotvornim pravnim lijekovima.

b) Djelotvorni pravni lijekovi (i identitet tuženika)

172. Iako članak 21. stavak 1. Povelje nema horizontalni izravni učinak, problematična nacionalna odredba mora biti izuzeta iz primjene (prvo pitanje). Pitanje izjednačavanja na višoj razini i izjednačavanja na nižoj razini razmotreno je gore. U ovom završnom odjeljku posvetit ću se pitanju tko bi trebao osigurati pravni lijek. U osnovi postoje dvije mogućnosti: (i) poslodavac (koji se onda može okrenuti protiv države) i (ii) država (koju radnik treba izravno tužiti). Po mojem mišljenju, ispravan je odgovor ovaj potonji: država.

i) Pravni lijekovi protiv poslodavca

173. Zahtijeva li pravo na djelotvoran pravni lijek da, u predmetima kao što je ovaj, gdje je tužitelj žrtva diskriminatornog nacionalnog zakonodavstva koje poslodavac primjenjuje, radnik mora imati pravni lijek protiv tog poslodavca?

174. Nezavisni odvjetnik Cruz Villalón izričito je bio sklon ovoj mogućnosti u svojem mišljenju u predmetu AMS. Smatrao je da „razumno je da se teret odštetnog zahtjeva nalazi na onome koji je imao korist od nezakonitog ponašanja, a ne na nositelju prava koje proizlazi iz ostvarenja sadržaja načela”⁹². Poslodavac za kojeg se utvrdi da je odgovoran, može se zatim okrenuti protiv države.

175. Ako ne griješim, Sud nikada nije razmatrao ovo pitanje izravno. Međutim, presuda u predmetu DI može se tumačiti na način da nameće takvu obvezu⁹³.

176. Takav pristup može zaista biti opravdan djelotvornošću (zaštite zaposlenika). Radnicima može biti jeftinije i brže (i lakše) tužiti poslodavca nego državu. Gledajući s moralne strane, radnik je oštećen zbog diskriminacije i zaslužuje zaštitu. Kako je naveo cijenjeni kolega nezavisni odvjetnik, Cruz Villalón, izgledno je da postoji nezakonita korist, koju je stekao poslodavac kao rezultat diskriminacije i koju treba ukloniti. Općenito, poslodavac je vjerojatno u položaju relativne moći.

177. Stoga se argumenti u prilog gledišta, da za diskriminaciju u pogledu uvjeta rada uvijek mora postojati pravni lijek izravno protiv poslodavca, uglavnom vrte oko tri elementa: *izvor*, *pogreška* i *korist*, potencijalno povezani s argumentom *snage* i (svojevrsne) *nejednakosti*.

178. Općenito gledajući, ti argumenti zasigurno vrijede za određenu vrstu diskriminacije: onu koja se barem djelomično može pripisati određenom poslodavcu. Međutim, postoji nekoliko logičkih poteškoća u predmetu kao što je ovaj, kada postoji spor između privatnih osoba zbog navodne diskriminacije na temelju vjere, koja izravno proizlazi iz nacionalnog propisa.

92 Mišljenje u predmetu Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2013:491, t. 79.)

93 Presuda od 19. travnja 2016. (C-441/14, EU:C:2016:278, t. 42.)

179. Kao prvo, *izvor* povrede je u ovom slučaju nacionalni propis. Nije bilo stvarne diskrecijske ovlasti ili samostalne odluke poslodavca. On je jednostavno primijenio obvezujući nacionalni propis. Takva situacija je sasvim različita od one u kojoj je Sud zahtijevao pravni lijek protiv poslodavca, a kada je izvor diskriminacije također proizlazio iz poslodavčevih vlastitih odluka⁹⁴.

180. To je povezano, kao drugo, s elementom *pogreške*. Što je bila pogreška za koju bi poslodavac trebao platiti? Primjenjivanje važećeg nacionalnog prava? U slučajevima u kojima je Sud razmatrao navodnu diskriminaciju poslodavaca, kojom se krši pravo Unije, često je navodio da sankcija za povredu mora biti učinkovita, razmjerna i mora *odvraćati od povrede*⁹⁵. Osim ako se ne očekuje od poslodavaca da djeluju kao ustavni policajci s pozitivnom obvezom da otkrivaju i aktivno osporavaju nacionalno pravo za koje smatraju da bi moglo biti suprotno odredbama Povelje, logična podloga elementa odvratanja od povrede otpada. Ili pogreška poslodavca leži u tome što nije osporavao usklađenost nacionalnog propisa s člankom 21. stavkom 1. Povelje i Direktivom 2000/78? Dakle, poslodavac bi, praktički, trebao predvidjeti ishod višegodišnjeg postupka uz sudjelovanje Vrhovnog suda države članice, velikog vijeća Suda Europske unije i mnogih drugih učenih odvjetnika i sudaca koji su doprinijeli postupku u različitim fazama?

181. Kao treće, također ne vidim kakvu bi *korist* poslodavac mogao izvući iz obveze plaćanja nekim svojim radnicima dvostruko, ili obveze davanja radnicima plaćenog blagdana na Veliki petak. Osim, ako bi se, vrlo spornim tumačenjem, činjenica da se neplaćanje 98 % ostalih radnika klasificirala kao nezakonita „korist”, koju poslodavci zlonamjerno stječu, vidim samo opterećenja nametnuta poslodavcima.

182. Kao četvrto, postoji argument relativne *slabosti*. Ovaj argument, za razliku od ostala tri, ima barem neku snagu. Čak bi se moglo reći da prevladava nad svim drugim argumentima: zbog neravnopravnosti koja je svojstvena radnom odnosu teret snošenja troškova uvijek bi morao biti na poslodavcu.

183. Ovaj argument skriva duboko *ideološki* izbor podjele rizika i snošenja troškova⁹⁶. Nadalje, gotovo sigurno je pretpostaviti da nisu svi poslodavci u Austriji, ili drugdje u Europskoj uniji, poslovično bezlične multinacionalne korporacije. Mnoga društva vode pojedinci ili mali broj ljudi. Zašto bi oni snosili trošak primjene manjkavog nacionalnog propisa?

184. Međutim, svakako je točno da takvo pitanje postaje bespredmetno ako bi, u biti, poslodavac bio obvezan snositi trošak samo zbog činjenice što je poslodavac. To je očigledan argument koji, po meni, ne bi trebalo slijepo slijediti.

185. Uzimajući u obzir sve gore navedene razloge, smatram da pravo Unije *ne zahtijeva* da postoji pravni lijek protiv poslodavca u predmetima kao što je ovaj, kada je poslodavac postupao u skladu s nacionalnim pravom, ali koje se smatra u suprotnosti s člankom 21. stavkom 1. Povelje (u vezi s Direktivom 2000/78). Da budem jasan, taj zaključak primjenjuje se na sporove između *privatnih* stranaka, a ne kada je tuženik država (u svojstvu poslodavca). Međutim, pravu Unije ne protivi se pravni lijek čak niti protiv *privatnih* poslodavaca ako je takav pravni lijek na raspolaganju u skladu s nacionalnim pravom.

94 Primjerice, u presudi od 8. studenoga 1990., Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383), tužiteljčina prijava za posao odbijena je jer je bila tri mjeseca trudna. Njeno stanje je u skladu s nacionalnim propisom klasificirano kao „bolest”. Budući da je potencijalni poslodavac u potpunosti bio svjestan njezine „bolesti”, da joj je dao posao, morao bi plaćati njezin rodiljni dopust bez sudjelovanja države, a što on nije želio. Nacionalni propis je stoga (značajno) financijski odvrtao od zapošljavanja trudnica. Međutim, bilo je također jasno da je konačna odluka u pojedinom slučaju o tome kako će i hoće li primijeniti diskriminatorni nacionalni propis bila na poslodavcu.

95 Presuda od 10. travnja 1984., Von Colson and Kamann (C-14/83, EU:C:1984:153). Kada je Sud smatrao da pravo Unije zahtijeva postojanje tužbe za naknadu štete protiv privatnih stranaka zbog povrede prava Unije u nacionalnom pravu, inzistirao je da svrha takvog pravnog lijeka bude kompenzacija i odvratanje. Vidjeti presudu od 20. rujna 2001., Courage and Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465, t. 27.).

96 Ne može se pretpostaviti da će neki, svi ili čak većina poslodavaca uspješno pokrenuti postupak za naknadu štete protiv države. Stoga treba priznati da izbor u pogledu toga tko će biti tuženik u predmetima kao što je ovaj zapravo znači odluku o tome tko će podmiriti troškove.

ii) *Tužba za naknadu štete protiv države*

186. Sudska praksa Suda je prepoznala razliku između diskriminacije čiji je prvotni izvor *zakonodavac* (kao što je u glavnom postupku) i one koja proizlazi od *poslodavca*⁹⁷. Za nadahnuće se mogu uzeti Komisijini uvjerljivi argumenti u predmetu Dekker⁹⁸: „Razumno je u ovim okolnostima upitati može li se od poslodavca opravdano očekivati da potpuno zanemari diskriminatorni nacionalni propis ili ga osporava pred sudovima zbog neusklađenosti s Direktivom ili pravom na jednako postupanje [u predmetu Dekker] muškaraca i žena. Ishod takvog postupka bi međutim bio u velikoj mjeri neizvjestan; u svakom slučaju zahtjev takve vrste bi bio jednak nametanju poslodavcu obveze koju bi trebala snositi država.”

187. Postoje i daljnji razlozi zbog kojih bi bilo neprimjereno da pravo Unije zahtijeva pravni lijek protiv privatnog poslodavca u takvim okolnostima i zbog čega bi djelotvorna sudska zaštita u praksi trebali biti tužba za naknadu štete protiv države. Većina njih su odraz argumenata koji su već navedeni u prethodnom odjeljku.

188. Kao prvo, postoji jednostavan moralni argument koji je već raspravljen u dijelu o izvoru i pogrešci u prethodnom odjeljku. Država je glavni akter odgovoran za diskriminaciju. Ako su sve ostale okolnosti jednake, nije jasno zašto bi poslodavci, u prvom redu, trebali snositi trošak te pogreške.

189. Moralni argument je u skladu sa strukturnim argumentom. Ako se, kao posljedica načela nadređenosti i apstraktnog nadzora usklađenosti, protivna nacionalna odredba izuzima iz primjene, oboje, i pogreška i zakonodavna rupa koja nastaje, mogu se jasno pripisati državi članici.

190. Kao drugo, ako bi se pojedinačni poslodavci smatrali u prvom redu odgovornima, to ne bi imalo na njih odvraćajući učinak⁹⁹ te može čak smanjiti učinak zastrašivanja u odnosu na stvarno odgovornu stranu – državu. Da bi došlo do zakonodavne promjene, mora biti izvršen pritisak na državu.

191. Kao treće, ako radnici mogu dobiti zadovoljštinu tužeći svoje poslodavce zbog primjene prava, a poslodavci zauzvrat tužiti državu, dolazi do udvostručavanja sudskih postupaka. Stoga, ako se oštećena stranka izravno okreće protiv odgovorne stranke, a ne protiv posrednika koji nije kriv, izbjegava se jedna runda pravnih postupaka.

192. Kao četvrto, u kontekstu privatnog spora, kada usklađeno tumačenje direktive nije moguće, Sud je dosljedno odbijao mogućnost da se pojedinac poziva na direktivu protiv drugog pojedinca. Mora postojati pravni lijek, ali je on protiv države u obliku tužbe za naknadu štete¹⁰⁰. Nije jasno zašto bi to načelno prestao biti slučaj ako se usporedno poziva na odredbe Povelje. Na ovaj način bi struktura pravnih lijekova za (horizontalne) privatnopravne odnose, u slučajevima kada se poziva na izvore prava Unije koji nemaju horizontalni izravni učinak, morala biti dosljedna.

193. Kao peto i posljednje, postoji još jedan element sveukupne dosljednosti koji govori u prilog pristupu o pravnim lijekovima koji se zagovarao ovdje. Ponovno se odnosi na okvir za usporedbu. Predložio sam da, u slučajevima apstraktnog nadzora usklađenosti, okvir za usporedbu budu skupine¹⁰¹. To je potpunosti u skladu s činjenicom da je izvor razlikovanja nacionalni propis, a ne poslodavčeva odluka. Zbog tog razloga nije bilo ključno tko su drugi radnici poslodavca (Cresco Investigation) i je li se u usporedbi s njima s tužiteljem različito postupalo.

97 Točke 50. do 52. *supra*

98 Kako je sažeto izneseno u izvještaju za raspravu. Vidjeti Ward, A., *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law*, 2. izd., Oxford University Press, Oxford, 2007., str. 57.

99 Točka 180. *supra*

100 Presude od 19. studenoga 1991., Francovich i dr. (C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428 t. 45.), i od 15. siječnja 2014., Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, t. 50.)

101 Točke 45. do 54. *supra*

194. Ako bi se od tužitelja tražilo da podnese tužbu protiv poslodavca s tvrdnjom da poslodavac diskriminira, to bi pitanje, međutim, postalo vrlo važno te bi se s njim ponovno i u potpunosti otvorila povezana rasprava o usporedivosti¹⁰². Pod pretpostavkom da pojedinačni poslodavac unutar svoje radne snage¹⁰³ nema pripadnika četiriju crkava, logična obrana bi naravno bila da on nikoga ne diskriminira jer sa svim svojim radnicima postupa na potpuno jednaki način. Kako bi se takav poslodavac mogao smatrati odgovornim za diskriminaciju koju nikako nije mogao počinuti?

195. Zadnje dvije točke ponovno ističu potrebu za logičkom dosljednošću bilo kojeg pristupa koji Sud na kraju prihvati, to jest na dvije razine: kao prvo, u okviru ovog predmeta (oblik nadzora je povezan s okvirom za usporedbu koji zauzvrat utječe na pravne lijekove) i, drugo, horizontalno u smislu pravnih lijekova koji su dostupni za povrede određenih izvora prava Unije.

196. Zbog razloga navedenih u ovom i prethodnom odjeljku, smatram da se pojedinci mogu pozivati na članak 21. stavak 1. Povelje (u vezi s člankom 2. stavkom 2. točkom (a) Direktive 2000/78) radi izuzimanja iz primjene neusklađenih odredaba nacionalnog prava. Međutim, pravo Unije ne zahtijeva da trošak propusta države da osigura usklađenost nacionalnog prava s Poveljom u prvom redu snose *privatni* poslodavci koji primjenjuju to nacionalno pravo.

4. Zaključak o četvrtom prethodnom pitanju

197. S obzirom na navedeno, predlažem da se na četvrto pitanje suda koji je uputio zahtjev odgovori na sljedeći način:

U okolnostima poput onih u ovom predmetu koje uključuju postupak između privatnih stranaka:

- sve dok zakonodavac ne stvori nediskriminirajuću pravnu situaciju, odredbe nacionalnog prava, za koje se utvrdi da nisu u skladu s člankom 21. stavkom 1. Povelje u vezi s člankom 1., člankom 2. stavkom 2. točkom (a) i člankom 7. stavkom 1. Direktive 2000/78 moraju se izuzeti iz primjene;
- članak 21. stavak 1. Povelje u vezi s člankom 1., člankom 2. stavkom 2. točkom (a) i člankom 7. stavkom 1. Direktive 2000/78 ne može sâm po sebi nametati obveze poslodavcu;
- stranka koja je oštećena takvom primjenom nacionalnog prava može se ipak pozvati na presudu od 19. studenoga 1991., Francovich i dr. (C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428), kako bi, prema potrebi, ishodila naknadu pretrpljene štete.

V. Zaključak

198. Stoga predlažem da Sud na pitanja koja je uputio Oberster Gerichtshof (Vrhovni sud, Austrija) odgovori kako slijedi:

- (1) Članak 21. stavak 1. Povelje Europske unije o temeljnim pravima u vezi s člankom 1. i člankom 2. stavkom 2. točkom (a) Direktive Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenoga 2000. trebaju se tumačiti na način da im se protivi nacionalni propis na temelju kojega je Veliki petak blagdan, s pravom na neprekinuti odmor u trajanju od najmanje 24 sata, samo za pripadnike evangeličkih crkava augsburške i helvetske konfesije, Starokatoličke Crkve i Evangeličke metodističke Crkve, te u

¹⁰² Pretpostavljam da je ovaj element djelomično bio odgovoran za zbrku o pitanju usporedivosti (točke 46. do 48. *supra*)

¹⁰³ A što se statistički gledano čini vrlo vjerojatno, ne samo za Cresco Investigation, već i za brojne druge austrijske poslodavce. Potvrđeno je da pripadnici četiriju crkava čine oko 2 % austrijske radne snage.

slučaju da zaposlenik koji je pripadnik jedne od tih crkava radi unatoč blagdanu, on, uz naknadu plaće za neizvršeni rad zbog blagdana ima i pravo na odgovarajuću naknadu za izvršeni rad, dok drugi zaposlenici koji ne pripadaju tim crkvama nemaju na to pravo.

- (2) U okolnostima poput onih u ovom predmetu, nacionalni propis koji dodjeljuje naknadu, kako je opisana u prvom pitanju, samo pripadnicima određenih crkava koji rade na Veliki petak ne predstavlja mjeru koja je u demokratskom društvu nužna za zaštitu prava i sloboda drugih ljudi u smislu Direktive 2000/78.
- (3) Nacionalni propis koji dodjeljuje naknadu, kako je opisana u prvom pitanju, ne predstavlja pozitivnu mjeru u smislu članka 7. stavka 1. Direktive 2000/78.
- (4) U okolnostima poput onih u ovom predmetu koje uključuju postupak između privatnih stranaka:
 - sve dok zakonodavac ne stvori nediskriminirajuću pravnu situaciju, odredbe nacionalnog prava, za koje se utvrdi da nisu u skladu s člankom 21. stavkom 1. Povelje u vezi s člankom 1., člankom 2. stavkom 2. točkom (a) i člankom 7. stavkom 1. Direktive 2000/78/EZ, moraju se izuzeti iz primjene;
 - članak 21. stavak 1. Povelje u vezi s člankom 1., člankom 2. stavkom 2. točkom (a) i člankom 7. stavkom 1. Direktive 2000/78 ne može sâm po sebi nametati obveze poslodavcu;
 - stranka koja je oštećena takvom primjenom nacionalnog prava može se ipak pozvati na presudu od 19. studenoga 1991., Francovich i dr. (C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428), kako bi, prema potrebi, ishodila naknadu pretrpljene štete.